

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Penal

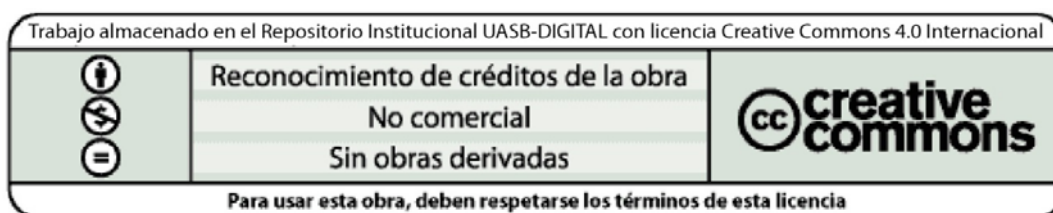
## **Dosimetría penal**

### **La arbitrariedad normativa y práctica**

Pedro José Bermeo Arcos

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2019





## **Cláusula de cesión de derechos de publicación**

Yo, Pedro José Bermeo Arcos, autor de la tesis intitulada “Dosimetría penal: la arbitrariedad normativa y práctica”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

10 de septiembre de 2019

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

El presente trabajo plantea una discusión que es de enorme trascendencia para el Derecho Penal, como es la medición de la pena privativa de libertad. Si bien la pena como tal es una decisión eminentemente política, por cuanto al legislador le corresponde establecer cuál es una conducta prohibida, si merece una sanción penal, y qué tiempo de privación requiere para cumplir con las finalidades establecidas en la Constitución y en la ley; dicha decisión requiere de un alto contenido técnico a fin de que ese catálogo sea coherente y respete el principio de proporcionalidad.

El COIP en su parte sustantiva contiene enormes errores que evidencian la falta de criterios jurídicos para imponer los rangos de penas entre delitos. Existen conductas menores con penas excesivamente altas, delitos de un bien jurídico de menor relevancia con igual o mayor pena que delitos más graves que afectan bienes jurídicos fundamentales; delitos de peligro con igual o mayor pena que delitos de resultado dentro del mismo capítulo; tipos penales calificados con menor pena que los tipos penales base, en fin, estas falencias demuestran que el debate para su aprobación fue simplemente político, donde se establecían penas bajo creencias, sin realizar ninguna consideración jurídica para establecer técnicamente los rangos entre delitos.

En ese contexto, este trabajo plantea una crítica al COIP, propone ciertos parámetros mínimos y básicos que se deberán ser analizados para establecer una gradualidad de las penas privativas de libertad, entre esos, la valoración del bien jurídico protegido, si se trata de un delito doloso o culposo, de lesión o de peligro, calificado o un tipo penal base, si es ejecutado o tuvo una realización imperfecta y, finalmente, la pena además se establecerá según el grado de participación criminal.

Adicionalmente, este trabajo plantea una fórmula que determinará en la comparación entre delitos del mismo capítulo o de diferente bien jurídico, cuál tiene mayor importancia, a fin de que el resultado evidencie qué tipo penal merece mayor escala punitiva frente a otro. De este modo, esta tesis realiza una crítica doctrinaria y plantea una alternativa para el legislador que podrá aplicarla para cada reforma o creación de un cuerpo normativo penal.

Palabras clave: Dosimetría, Derecho Penal, proporcionalidad, penas, norma, bien jurídico.



## **Agradecimientos**

A mis padres, por ser la mejor respuesta a todo. Su infinito amor y su ejemplo han sido la mejor herramienta para comprender el camino a seguir, espero que, en el devenir de mis días, nunca falle a sus enseñanzas. Es un honor llevar su historia y sus apellidos.

A Pablo Encalada, por el aprendizaje de compartir aulas y oficina, por la confianza, por la amistad. Aún recuerdo la primera audiencia que te acompañé, cuando frente al Juez manifestaste que te avergonzaba que fuera testigo de cómo se manejaba el sistema de administración de justicia. Podemos discrepar en muchas ocasiones, pero en la visión del Derecho Penal y el ideal de justicia NO; luchemos por eso siempre.

A Nicolás Salas, por introducirme en el Derecho Penal desde las aulas universitarias y guiarme a ser un mejor profesional. Gracias por todas las consultas absueltas y los consejos. La finalidad más importante no es llegar, sino cómo se llegó al objetivo. Espero con su humildad y conocimiento alcanzarlo.





## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero. Principio de proporcionalidad .....	15
1. Idoneidad de la pena .....	17
2. Principio de necesidad de la pena .....	19
3. Proporcionalidad de la pena.....	21
3.1. La proporcionalidad abstracta.....	25
3.2. La Proporcionalidad concreta .....	26
Capítulo segundo. Factores determinantes de la punibilidad .....	29
1. Teoría del bien jurídico protegido.....	29
2. Según el grado de intencionalidad .....	34
2.1. Dolo .....	34
2.2. Culpa.....	37
3. Tipo penal base vs. Tipo penal agravado.....	39
4. Según la lesión o puesta en peligro.....	41
5. Según el grado de participación criminal .....	45
5.1. Autoría .....	45
5.2. Complicidad.....	47
6. Según el grado de ejecución .....	48
7. La variación de la pena según atenuantes y agravantes.....	49
8. Resumen de los criterios a adoptar para la cuantificación de la pena.....	51
Capítulo tercero Análisis de la proporcionalidad del Código Orgánico Integral Penal .	53
1. Delitos contra la dignidad humana .....	53
2. Delitos contra la vida .....	57
3. Delitos contra la integridad sexual.....	61
4. Delitos contra la propiedad .....	65
5. Delitos contra la salud.....	68
6. Delitos contra la administración pública .....	74
7. Delitos contra la naturaleza o medioambiente .....	78
8. Delitos contra la seguridad pública.....	81
8.1. Delitos contra el orden constitucional.....	81
8.2. Delitos contra la seguridad pública.....	83

9. Delitos contra el orden económico .....	87
10. Delitos contra la seguridad informática .....	92
11. Reflexiones .....	95
12. Análisis de dosimetría en un caso en particular .....	98
12.1. Antecedentes .....	98
12.2. Cargos planteados en el recurso.....	99
12.3. Sobre la ley aplicable al caso .....	99
12.4. Análisis del grado de responsabilidad y dosificación punitiva.....	100
Capítulo cuarto. Propuesta a plantear .....	109
1. Aplicación de la fórmula en los delitos de graves violaciones a los derechos humanos.....	112
2. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la vida.....	113
3. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la integridad sexual .....	114
4. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la eficiencia de la administración pública.....	117
5. Aplicación de la fórmula en los delitos contra el orden económico .....	119
6. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la seguridad pública .....	121
7. Aplicación de la fórmula en los delitos contra el medioambiente .....	122
8. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la salud .....	123
9. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la propiedad.....	124
10. Aplicación de la fórmula en los delitos contra el sistema informático .....	126
Conclusiones.....	129
Bibliografía.....	133

América latina es hoy la tierra de evangelización de los apóstoles del “más Estado” policial y penal, como en las décadas del setenta y del ochenta, bajo las dictaduras de derecha, había sido el terreno predilecto de los partidarios y constructores del "menos Estado" social dirigidos por los economistas monetaristas de América del norte. Así, los Chicago Boys de Milton Friedman son sucedidos por los New York Boys de Rudolph Giuliani y el Manhattan Institute (...) Y el desinterés desdeñoso que el ex jefe de la policía de Nueva York exhibe por las causas profundas de la inseguridad -miseria, desocupación, ilegalidad, desesperanza y discriminación- confirma, por si hubiera necesidad, que el objetivo de la penalidad punitiva made in USA es menos combatir el delito que librar una guerra sin cuartel contra los pobres y los marginales del nuevo orden económico neoliberal que, por doquier, avanza bajo la enseña de la "libertad" recobrada.

Loic Wacquant  
Las cárceles de la miseria



## Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), la normativa penal sufrió importantes modificaciones, la mayoría de éstos en la parte sustantiva han sido errores evidentes que no han tenido el suficiente y necesario sustento teórico. No obstante, dentro de los más severos e importantes, por tener consecuencia directa en la vida de las personas, ha sido el incremento desmedido del poder punitivo del Estado, con la creación de nuevos tipos penales y con el aumento desproporcional de las penas privativas de libertad. A pesar de este trascendente cambio, el legislador nunca justificó cuál fue el análisis realizado para determinar este incremento en las sanciones, ni tampoco las razones por las que una sanción derivada de una infracción a un bien jurídico protegido tiene que ser mayor que la lesión a otro, o por qué en algunos casos tienen penas similares siendo objetos de protección de diferente connotación, es decir, no se estableció ningún análisis sobre dosimetría penal.

Para establecer una pena y para que el catálogo de conductas prohibidas tenga coherencia, se debe establecer un sistema que respete ciertos criterios a la hora de imponer una sanción privativa de libertad. Es decir, algunas de las consideraciones que el legislador debió tomar en cuenta, tendrían que haber sido, entre otras, la categorización de los bienes jurídicos protegidos, el grado de participación, la intencionalidad con la que se ejecutó la conducta y el tipo de delito cometido, con la finalidad de que en cierta medida se pueda determinar si las sanciones contempladas en la normativa son proporcionales al menos en su aspecto formal-teórico, caso contrario, se demostraría que el COIP impuso sanciones privativas de libertad sin ningún elemento más que la voluntad y la creencia del legislador, y en materia penal se debe ser más responsable por las serias afectaciones que sufre una persona cuando ha sido intervenida por el Derecho Penal.

Justamente esta falta de racionalidad y de proporcionalidad en las penas, posibilita en primer lugar que existan incongruencias en las sentencias condenatorias emitidas por los juzgadores, es decir, existen casos en los que la justicia penal no se debe activar, sin embargo, una vez activada, su intervención provoca un daño mucho mayor a la afectación realizada al cometer dicha infracción, un claro ejemplo de esto son aquellos delitos de hurto o robo de bienes de escaso valor que tienen como consecuencia la privación de libertad. Por otro lado, esta falta de dosimetría penal también provoca una seria desproporción en el manejo del poder punitivo, cuando observamos que la justicia es

benevolente con quienes tienen algún acceso al poder, y es sumamente represiva con quienes no están dentro de esa cúpula, ya sea por tratarse de personas de estratos sociales históricamente excluidos o que simplemente son incómodos al poder político de turno.

Lastimosamente el Derecho Penal se ha vuelto el “solucionador” para todos los conflictos sociales, como si la cárcel o la amenaza de la privación de libertad históricamente han resuelto los problemas que aquejan la sociedad. Los grandes medios también juegan un papel preponderante a la hora de estigmatizar y de poner en el debate reformas penales más punitivas, por lo que, si bien no podemos limitar estas discusiones, con el presente trabajo brindaremos una herramienta técnica para regular el poder punitivo de manera concreta y bajo parámetros que permitan dar una mayor coherencia al catálogo de penas.

Por lo tanto, no sólo se trata de adecuar una pena para que sea en la medida de lo posible, lo más racional y menos dolorosa, sino que más allá de esto, de lo que se trata es de iniciar un debate sobre cómo cuantificar las sanciones y cómo establecer técnicamente las penas, evitando así las arbitrariedades antitécnicas de los legisladores o de las propuestas políticas sin sustento jurídico.

Finalmente, hay que señalar que este trabajo de investigación tiene un alcance exploratorio, en virtud de que en el país, así como en la región no se ha realizado un análisis serio sobre dosimetría penal. Si bien existen diversas y extensas definiciones sobre principios del Derecho Penal, no se ha realizado ningún análisis teórico sobre los criterios técnicos que debe considerar el legislador para adoptar una sanción determinada, tomando en consideración todas las variables que pueden modificar una pena privativa de libertad.

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo aplicado en el estudio de un caso relevante en el país, en el que se analizó la aplicación del poder punitivo del Estado y las escalas de pena impuestas a las diferentes personas que fueron sentenciadas en distintos grados de responsabilidad penal.

El método de investigación jurídica aplicado fue el dogmático, puesto que necesariamente se tuvo que realizar un estudio sobre la normativa jurídica en cuanto a principios y postulados dogmáticos, pero sobre todo en cuanto a la dosificación penal establecida en la parte sustantiva del Código Orgánico Integral Penal, a fin de visibilizar y establecer los errores en la aplicación punitiva.

## Capítulo primero

### Principio de proporcionalidad

Este principio tiene como finalidad definir cuándo los límites a los derechos son compatibles con lo que establece la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en este caso, los que ha suscrito y ratificado el Ecuador; para esto se ha establecido un test de proporcionalidad que, en materia penal, se descompone en tres subprincipios o condiciones que responden a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la pena. Estos tres requisitos que serán descritos a continuación, tienen que ser cumplidos inexorablemente para establecer que una pena privativa de libertad es proporcional; en el caso de que algunos de estos subprincipios no se cumplan en algunas penas privativas de libertad, los jueces y tribunales deben considerarla como una vulneración de derechos y, por lo tanto, deberían inaplicarla ejerciendo el control constitucional correspondiente.

La idoneidad tiene relación con que la medida sea apta para cumplir con los fines propuestos; la necesidad implica que no exista otra medida igualmente eficaz para proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto establece que la sanción impuesta de privación de libertad debe guardar un razonable equilibrio entre el bien jurídico que se protege con la afectación causada por la conducta ilícita.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho, cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie* porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador (...) Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de la libertad. Con todo, estas restricciones legislativas tampoco son absolutas. Si bien el legislador puede imponerlas en ejercicio de un extenso margen de acción, este poder público no puede desatender las exigencias que se derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y cuyo cumplimiento debe ser controlado por el Tribunal Constitucional.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Carlos Bernal, “Proporcionalidad, Derechos Fundamentales y Ley Penal”, en *El Principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascaraín y Maximiliano Rusconi (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 109.

La intervención del Derecho Penal debe estar condicionado por las garantías constitucionales y su intensidad debe estar graduada según los efectos generados, las afecciones producidas y el bien jurídico atacado. Consecuentemente, de conformidad al principio de proporcionalidad, únicamente las intervenciones penales que se deben permitir son las necesarias y adecuadas para lograr su objetivo (fines de la pena), las cuales también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso. El principio de proporcionalidad en sentido amplio tiene relación con dos aspectos: 1) El Derecho Penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos frente a las lesiones o puestas en peligro de los mismos. 2) Ese fin será alcanzado por la desaprobación social que implica el ejercicio de una conducta penalmente relevante, representada en la amenaza penal. La función de este principio es la prohibición de exceso que opera tanto en el legislador al momento de crear el catálogo de conductas prohibidas, como en el juez al momento de aplicar la sanción penal en el caso concreto,

Las normas penales tienen que cumplir con el principio de proporcionalidad, y no sólo en cuanto a observar la pena frente al desvalor del hecho, sino al cumplimiento de su dimensión constitucional, en la medida que se observe que esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo a los derechos protegidos por la Constitución, principalmente el de libertad, que es el de mayor afectación frente al Derecho Penal. Por lo tanto, no se pueden sacrificar derechos (dentro de los límites racionales) si no se obtiene una ganancia mayor en la escala axiológica del ejercicio propio de los derechos, estas limitaciones sólo encuentran justificación en la *necesidad* de obtener una mayor protección del campo de libertades y del sistema democrático como tal.

Toda norma penal parte de una base dual, mientras una de sus caras es la coacción, la otra tiene como fundamento la protección de las libertades, “La pena es así, un cuerpo extraño en el sistema, un cuerpo a disminuir, e incluso, en el horizonte, a expulsar, que se tolera solo, precisamente, por su utilidad a la libertad”<sup>2</sup>. Consiguientemente, la legitimación de la punición se concretará cuando el componente negativo sea mínimo y su cara positiva sea superior, entendiendo también que deberá perseguir un bien jurídico necesario de resguardo penal y siempre que no existan otros mecanismos que puedan cumplir con dicho fin.

---

<sup>2</sup> Juan Lascuraín, “Cuándo penar, cuánto penar”, en *El Principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascuraín y Maximiliano Rusconi (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 288-289.



## 1. Idoneidad de la pena

Este principio, que arranca de *v. Liszt* (1919), aparece reflejado también claramente por *M.E. Mayer* (1923) cuando en su trilogía exigía que el bien jurídico fuese merecedor, necesitado y capaz de protección. En atención a esta capacidad de protección se podrá hablar o no de eficacia del Derecho penal. Según el *principio de efectividad o idoneidad*-también llamado de utilidad (*Mir*)-, el Derecho penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito y, por tanto, hay que renunciar a su intervención cuando sea político-criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente para evitar delitos (se produce entonces la denominada –y criticable- *<huida al Derecho penal>*). En tales casos, para cumplir el objetivo pretendido, habrá que acudir, si existe, a otra reacción eficaz.<sup>3</sup>

Luzón Peña refiere que existen penas eficaces que no logran cumplir con la prevención, poniendo como ejemplo principal las penas cortas de privación de libertad, por cuanto, es tan somero el tiempo, que es imposible lograr primero una rehabilitación, mucho menos una prevención general, por lo que estas penas deberían suprimirse o ser modificadas por sanciones alternativas como multas económicas, arresto domiciliario o trabajo comunitario.

Consecuentemente, el Derecho Penal únicamente puede y debe intervenir cuando la pena privativa de libertad sea mínimamente eficaz para prevenir el delito, es decir cuando su castigo pueda generar temor tanto en la sociedad como en el delincuente potencial, generando de esta manera su inhibición de cometer la conducta ilícita. Por el contrario, no se deberá imponer una pena cuando la intervención sea inadecuada o cuando no produzca disminución en el cometimiento del delito, incumpléndose la prevención buscada al criminalizar una conducta. No sirve de nada regular penalmente las conductas sociales si su tipificación y su probable condena no generan en la práctica los objetivos buscados.

Hassemer previene de los inconvenientes de lo que se entiende por un derecho penal <eficaz> y, desde luego, no le falta la razón. Ante el acuciante sentimiento que tiene la sociedad de amenaza por la creciente violencia que se da en el seno de ella, se recurre al derecho penal y al derecho procesal penal, esperándose de aquellos una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y también que garanticen la seguridad de los ciudadanos. Con ello se provoca una mayor dureza del derecho penal y del derecho procesal penal, puesto que se pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento de inseguridad. Por una parte la Política criminal moderna se caracteriza por la creación de nuevos delitos y agravación de las penas de los ya existentes; por otra parte, el derecho penal amplía su ámbito de actuación a los sectores que la opinión pública considera más amenazados: el medio ambiente, la economía, las drogas, el terrorismo, la delincuencia organizada. Se trata de proteger bienes jurídicos colectivos que pueden, según este autor, justificar cualquier tipo de conminación penal y para cuya protección se utiliza normalmente la

---

<sup>3</sup> Diego Luzón, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 27-8.

técnica del peligro abstracto. Ello hace olvidar al legislador que un derecho penal contundente tiene sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener. Al prescindir de principios tan importantes como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el principio de culpabilidad o el principio *in dubio pro reo*, el derecho penal aumenta su eficacia y responde así a las inquietudes sociales.<sup>4</sup>

De lo descrito anteriormente, el Ecuador se apega totalmente a lo señalado. Si bien pueden existir cifras oficiales que demuestran la disminución constante del cometimiento de delitos violentos, la percepción de inseguridad es permanente y siempre consta en las encuestas sobre las preocupaciones sociales. Esa percepción creciente se evidencia por la magnificación de los medios de comunicación de las noticias violentas, ya que “como la comunicación de imágenes no logra ser atractiva -tener gancho- provocando pensamiento, debe impactar en la esfera emocional mediante lo concreto. Por eso no puede extrañar que los servicios de noticias más bien parezcan síntesis de catástrofes”<sup>5</sup>. Este elemento ayudado además por otras circunstancias políticas, provocó una ruptura en las políticas criminales anteriores al año 2010 adoptadas por el gobierno de la denominada “Revolución Ciudadana”.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014 fue presentado como un cuerpo legal respetuoso de la Constitución de la República y que modernizaba la normativa penal que teníamos desde 1920. No obstante, el COIP lo único en lo que guarda correspondencia con la Constitución es en la parte dogmática sobre los principios generales, puesto que tanto la parte sustantiva y adjetiva es un canto a la represión, al aumento de las penas, al incremento de tipos penales, a minimizar atenuantes de la punición y a aumentar el número de agravantes, a establecer procedimientos que pueden obviar ciertas garantías constitucionales, entre diversas cuestiones adicionales. Nuestra normativa penal vigente busca dar respuesta a las inquietudes sociales mediante la represión como método de eficientismo penal a costa de disminuir derechos y garantías de quien se encuentra enfrentado a la maquinaria del Estado.

---

<sup>4</sup> Teresa Aguado, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en *El principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascaraín y Maximiliano Rusconi (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 39-40.

<sup>5</sup> Eugenio Zaffaroni, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar* (Quito: Editorial El siglo, 2018), 332.

## 2. Principio de necesidad de la pena

Una vez que se ha acreditado el filtro de la idoneidad de la conducta prohibida, la legitimación continúa con la aplicación del subprincipio de necesidad, por el cual se requiere hacer una comparación entre la posible medida a aplicar versus otros medios alternativos. Para determinar la necesidad de la pena se necesita de un análisis a fin de establecer si la sanción impuesta cumple con los fines que el legislador se propuso, y si la sanción tiende a la menor lesividad en relación con la afectación a los derechos fundamentales producto de la intervención punitiva.

La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de la intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.<sup>6</sup>

La historia moderna de la humanidad aún no ha logrado dar una respuesta alternativa a la pena privativa de libertad, al menos cuando se trata de delitos violentos y graves, tal es así, que la cárcel como institución más representativa del Derecho Penal goza de una legitimidad casi absoluta en la sociedad, en vista de que aparte de cumplir con las finalidades preventivas, y de supuestamente rehabilitar y reinsertar en la sociedad a quienes ingresan en el sistema penitenciario, da tranquilidad a la gente amortiguando la percepción de inseguridad, puesto que los “buenos” piensan que los “malos” van a estar encerrados por mucho tiempo. Sin embargo, ya sobre las finalidades de la pena y la cárcel, respetados juristas, sociólogos y antropólogos se han encargado de desmentir y criticar tanto su necesidad como su vigencia. La cárcel produce dolor, atenta contra la dignidad de las personas, discrimina y no rehabilita. No obstante, este trabajo no tiene por finalidad justificar o no la validez del sistema carcelario, sin embargo, sí pretendemos hacer varias reflexiones y críticas al respecto.

El derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de bienes jurídicos, si bien no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal, al ser el concepto de bien jurídico más amplio que el de bien jurídico penal. Por otra parte, el derecho penal no es necesario frente a todo ataque a bienes jurídicos penalmente tutelados, sino tan solo frente a los ataques más graves. Ello nos lleva a afirmar que el principio de necesidad se

---

<sup>6</sup> Gloria Lopera, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, edit. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 278.

concreta, en el ámbito del derecho penal, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y en el principio de intervención mínima con las dos manifestaciones de este principio: el principio de subsidiaridad y el principio de fragmentariedad. Si bien el principio de necesidad adquiere especial relevancia en el momento legislativo, en el momento de selección de las conductas a inculpar, también opera en el momento de aplicación de la ley penal: tanto en el hecho de recurrir a la amenaza a través de la conminación penal como en su caso la gravedad de la pena ha de justificarse en la necesidad de protección de bienes jurídicos.<sup>7</sup>

Por lo tanto, la pena únicamente puede ser necesaria y legítima cuando reaccione a las conductas que producen mayores daños, es decir, cuando sea una respuesta a los delitos que afecten bienes jurídicos de mayor importancia y cuando esa afectación sea de una gravedad tal, que no pueda ser regulada o sancionada bajo otras formas legales en las que no entre el Derecho Penal.

La pena mínima necesaria, que es la consecuente con un sistema garantista, tiene como fin frenar reacciones penales más aflictivas. Si lo que se produce, al aplicar la pena, es la perversión del privado de libertad, la pena pierde legitimidad. La pena debe respetar a la persona y a su dignidad. ¿Cómo lo logra? El valor de la persona impone tres límites: debe ser necesaria, mínima y cierta. En consecuencia, una pena que genera más violencia que la que provocó el delito es innecesaria, una pena que degrada es máxima y una pena indeterminada es incierta. Por ejemplo, por microtráfico de drogas cuando el consumidor busca la compra de drogas no hay daño, cualquier pena es innecesaria; una pena que se cumple en centros en los que hay hacinamiento y violencia constante es máxima; una pena en la que el tiempo de privación de libertad depende de funcionarios administrativos en la fase de ejecución es incierta.<sup>8</sup>

El principio de necesidad de la pena debe tener en consideración los presupuestos de un Derecho Penal mínimo, esto es, incorporar en su aplicación las exigencias del principio de subsidiaridad, cuyo postulado general establece la búsqueda de medidas alternativas a la invasión y restricción que puede tener una persona con la intervención del Derecho Penal y la pena de cárcel. Consecuentemente, el juicio de necesidad de la pena debe considerar si existen otros mecanismos no penales suficientemente aptos para la “protección” de los bienes jurídicos y menos atentatorios a los derechos fundamentales que se van a afectar por la imposición de la sanción penal y, además, una vez verificado que dentro del marco jurídico no existe otra posibilidad de tutela de la que brinda la normativa penal, se debe determinar que la clase de sanción y su cuantía sea la mínima

---

<sup>7</sup> Teresa Aguado, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en *El principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascaraín y Maximiliano Rusconi (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), 40-1.

<sup>8</sup> Ramiro Ávila, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales S.A., 2013), 74.

necesaria para poder cumplir con los fines de la pena establecidos en la Constitución y el norma sustantiva penal.

### 3. Proporcionalidad de la pena

Mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio – plasmado en los principios de protección de los bienes jurídicos y de intervención mínima- despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delito, el principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad. Por ello puede hablarse de en este ámbito de un principio de proporcionalidad de las penas, que a su vez se proyecta, primero, en la fijación legislativa de éstas, o conminación legal abstracta, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley, dos momentos que plantean problemas distintos.<sup>9</sup>

Es en la previsión legislativa donde se requiere realizar un análisis pormenorizado de los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva de cada delito a fin de establecer una adecuada relación entre gravedad de la pena y la relevancia del bien jurídico que “protege”, y a su vez, de las distintas formas de ataque o peligrosidad de afectación del bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Hay que distinguir entre la gravedad de los distintos resultados, que comprende desde poner en peligro a un bien jurídico hasta su lesión efectiva. También hay que diferenciar entre la distinta gravedad de la conducta, reconociendo qué comportamientos persiguen la lesión del bien jurídico, que son las llamadas conductas dolosas, y cuáles producen la afectación por falta de cuidado o imprudencia, que son las denominadas culposas.

La determinación de la pena es uno de los momentos más difíciles del sistema penal que presenta varias dificultades. Siendo uno de los momentos más delicados, que requiere al máximo de racionalidad, es sin embargo uno de los menos tratados por los doctrinarios y por los juzgadores al momento de imponer una sentencia. Las dificultades se presentan en tres momentos: al momento de definir el tipo penal, al momento de dictar una sentencia y al momento de la ejecución de la sentencia.<sup>10</sup>

En varias de sus sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la proporcionalidad en los siguientes términos:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que

---

<sup>9</sup> Luis Arroyo, “Derecho Penal y Constitución”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Coordinadores Eduardo Crespo y Cristina Rodríguez (Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016), 149.

<sup>10</sup> Ramiro Ávila, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales S.A., 2013), 74.

actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.<sup>11</sup>

El principio de proporcionalidad se deriva propiamente de una concepción de justicia, de limitar aquel poder punitivo y de volverlo lo más racional posible, puesto que siempre afectar derechos va a ser una cuestión compleja en la medida de escoger qué afectar, por qué, en qué medida, cuánto tiempo, a fin de establecer una equiparación con el daño causado producto del delito cometido. Es decir, claramente se vislumbra que en primer lugar el fin de la pena es castigar como contrapartida a la lesión generada, si alguien causó un daño, consecuentemente la respuesta del Estado consiste en afectar su libertad, intentando ser lo más recíproco posible en cuanto a la afectación, ya que no habría lógica en responder con un bien, a quien hizo un mal.

(N)o se pueden sacrificar derechos innecesariamente ni tampoco si el sacrificio no queda compensado con una ganancia mayor en la moneda axiológica que suponen tales derechos. Presupuesto de todo ello es que la legitimación del sistema se mide a través de tales derechos, constitutivos de la dignidad de la persona y su autonomía moral: presupuesto de lo que estamos diciendo es que existe un sistema de legitimación de las normas y del Estado que profesamos, que es el democrático; que tiene como uno de sus valores fundantes la libertad entendida como autonomía personal; y que tal valor informa un principio, el de proporcionalidad, que condiciona severamente la restricción pública de dicha libertad: el carácter constitutivo de esta hace que sus limitaciones solo encuentren justificación en su necesidad para una ventajosa protección de la propia libertad.<sup>12</sup>

Sin embargo, ese objetivo de equiparar delito-pena es imposible que sea medible o cuantificable. Quién determina, a parte de los mecanismos muy dudosos del legislador, que una pena proporcional en el caso de un robo de 50 dólares, sea de 3, 5, 7 o 10 años de privación de libertad, como lo establece el artículo 189 del Código Orgánico Integral Penal, según cómo se cometa el acto o que provoque ciertos resultados. Qué criterios utilizó el legislador para establecer esa sanción. Quién puede demostrar que esa medida es proporcional, o quién puede comprobar que al cabo de 3, 5, 7 o 10 años de privación de libertad esa persona va a salir del sistema carcelario rehabilitada y reinsertada en la sociedad. Nadie puede hacerlo, la proporcionalidad como principio ha quedado muy definido entre libros y discursos, pero su concepto se trastoca cuando hay que aplicarlo efectivamente en la normativa penal o en las decisiones jurisdiccionales. De la aplicación primaria que depende del legislador se derivará la ejecución secundaria de la voluntad del

---

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de Mayo de 2007.

<sup>12</sup> Juan Lascaraín, “Cuándo penar, cuánto penar”, en *El principio de proporcionalidad penal*, dirs. Juan Lascaraín y Maximiliano Rusconi (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2014), 287.

juzgador, por eso es indispensable que en la creación normativa se establezcan criterios técnicos y jurídicos para racionalizar y justificar la adopción de penas privativas de libertad.

La Constitución de la República en el artículo 76 numeral 6 determina: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

Este precepto constitucional deriva a la ley para que establezca las sanciones proporcionales a las infracciones, sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal hizo todo lo contrario, aumentó sustancialmente las penas, creó nuevos tipos penales, y ese aumento de la represión injustificada conllevó a que desaparezca la proporcionalidad de las penas, basta hacer una breve revisión del texto para comprobar la falta de coherencia en la aplicación del poder punitivo. Los ejemplos son extensos y variados, pero para ilustrar, podemos decir que es inaudito que el homicidio culposo que tiene una sanción de 3 a 5 años tenga la misma pena que el abigeato con fuerza, la insolvencia fraudulenta, la interceptación ilegal de datos, el perjurio, la oferta de realizar tráfico de influencias, el porte de armas o la asociación ilícita. No puede ser que provocar la muerte, eso sí de manera culposa, tenga la misma represión que el robo de ganado o de mentir bajo juramento, no son los mismos bienes jurídicos ni tampoco tienen la misma afectación ni los mismos resultados, no obstante, bajo la óptica de nuestro legislador deben tener la misma pena privativa de libertad.

Es por ello que la exigencia de proporcionalidad se proyecta sobre todo el sistema imponiendo que exista una jerarquización racional de las penas que implique realizar un juicio de ponderación en donde el bien jurídico de mayor valor tenga asignada la sanción más grave y así sucesivamente, hasta que la menor sanción le sea atribuida al bien jurídico de menor valor. A modo de ejemplo es posible afirmar que este principio requiere que los delitos contra la propiedad no habiliten mayor poder punitivo que los delitos contra la vida, que el obrar doloso se califique más gravemente que el imprudente, que la pena de la tentativa sea de menor entidad que la del delito consumado, etc. En suma la sanción debe guardar estrecha relación (proporción) con las otras sanciones del sistema.<sup>13</sup>

A pesar que el principio racionalizador de la proporcionalidad de las penas lo que busca es contener el aparato represor del Estado, el sistema penal se justifica desde una incoherencia, puesto que el Derecho Penal pretende traducir la pena en tiempo como consecuencia de un delito, y no es comparable que se puede vincular los días de privación de libertad con el daño producido, simplemente son dos factores que no pueden

---

<sup>13</sup> Adrian Martin, *Reformas penales y proporcionalidad de las penas. Análisis crítico en los delitos con el uso de armas* (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2013), 30.

relacionarse, el delito-pena o el daño-pena no pueden ser equiparables porque son conceptos heterogéneos. Nadie puede demostrar que sea recíproco o proporcional que a la persona que haya asesinado le corresponda una pena privativa de libertad de 26 años, a quien haya robado 5 años o a quien haya invadido un área protegida una sanción de 1 a 3 años de privación de libertad.

“Cuando se habla del tiempo de la pena se habla de números, como si los números pudieran decirnos algo de lo que sucede durante el tiempo que miden. La precomprensión del tiempo de la pena se limita al número, al cálculo.”<sup>14</sup>

Al no poder hacer una equivalencia entre términos, nos corresponde hacer una distinción entre lo que sería la proporcionalidad abstracta y concreta. En cuanto a la primera, siempre va a haber una (des)proporción abstracta porque en la escala que se realizará la medición, el delito será el único término al que se le asignen valores, en vista de que el otro término “daño o afectación” por su subjetividad no podrá ser medido. Mientras que en cuanto a la (des)proporción concreta estamos obligados a analizar la medida del tiempo expresada en la pena para lo cual es indispensable tomar en consideración la experiencia de la persona privada de la libertad en el tiempo de condena.

Si la Constitución de la República determina como objetivos de la pena privativa de libertad la rehabilitación y la reinserción social, no hay manera de que se pueda comprobar que una persona necesitará la escala de pena impuesta para cumplir esos objetivos, todo dependerá de la experiencia personal de cada condenado, habrá personas que requerirán minutos, horas o pocos días para “rehabilitarse” por el delito cometido, mientras que otras personas es probable que necesiten más tiempo del establecido para alcanzar ese fin, sin embargo, el frío cálculo numérico no puede ser una referencia a la hora de tomar decisiones sobre la vida humana. Sobre esta crítica y teniendo presente esta contradicción, al menos intentaré brindar criterios técnicos y jurídicos para poder racionalizar y contener de mejor manera el poder punitivo del Estado, realizando una escala en el que se tomarán en cuenta diversos criterios para analizar los delitos y de esta manera se pueda establecer un rango moderado de penas.

---

<sup>14</sup> Ana Messuti, “Más allá del tiempo como pena”, en *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, dir. Eugenio Zaffaroni (Buenos Aires, Editorial Ediar, 2012), 35.



### 3.1. La proporcionalidad abstracta

Si nos movemos en el plano del derecho abstracto, como entendemos corrientemente el término abstracto, es posible asignar un valor a uno de los términos, el delito, siguiendo las pautas valorativas que en este momento y en éste lugar nos guíen, incluso sin buscar una <realidad> a la que el delito corresponda y que deba influir en nuestra valoración. Mientras nos movamos en el mundo del derecho abstracto, podemos asignar el valor que deseemos a lo que deseemos. En otras palabras, nada impide asignar un valor X a un delito, que exprese la desaprobación, el valor negativo que consideremos que se merece, y llamar a ese valor pena. Pero de ese modo nos estaríamos moviendo solamente con dos términos, delito y pena, y lo que habremos establecido será una relación de equivalencia.<sup>15</sup>

No obstante, como hemos mencionado anteriormente, el concepto delito no puede ser equiparado al de pena, por cuanto esto necesariamente nos lleva a darle un número de días a la sanción, que es imposible determinar que sea proporcional a la afectación provocada por la conducta ilícita. Mesuti citando a Giovanni Bovio determina que una de las características de la definición matemática de proporcionalidad (ciencia a la que pertenece propiamente el concepto) es que no hay proporción entre términos heterogéneos, razón por la cual existe una contradicción intrínseca, cualquier cantidad por más alta o baja que sea, no podrá ser considerada como una pena proporcional, simplemente porque sus conceptos no tienen relaciones homogéneas para generar equivalencias, no podemos decir que al delito Y le corresponde la pena de 1095 días o 3 años de privación de libertad, en vista de que por el grado de afectación al bien jurídico determinado, le ha correspondido la asignación de la escala de 3 años. No se ha elaborado ninguna tabla para medir el grado de afectaciones, ni tampoco se ha demostrado que a tal afectación le corresponde un número proporcional de días de privación de libertad.

Cuando se habla de proporcionalidad en el contexto penal, suele hablarse de la relación entre las penas aplicables a delitos en el marco de una escala. Es decir que al delito A corresponde la pena B y al delito C corresponde la pena D. Bovio hace notar la importancia de establecer la debida proporción entre el primer delito y la primera pena (de la escala) porque si entre ellos la relación fuese arbitraria sería toda la progresión siguiente, es decir, toda la escala. No obstante, hace notar, esa primera relación 1) es inmediata, dado que se establece sólo entre dos términos, el primer delito y la primera pena de la escala, por lo tanto, en cuanto proporción <es una contradicción en sus términos>, y 2) se establece entre delito y pena que son términos heterogéneos, por lo que es <intrínsecamente absurda>.<sup>16</sup>

Si bien la proporcionalidad de las penas es una contradicción como lo hemos visto, al menos se tienen que establecer criterios para lograr contener y racionalizar las penas de mejor manera. Por lo tanto, la escala de bienes jurídicos y las circunstancias que rodean

---

<sup>15</sup> Ibíd., 38.

<sup>16</sup> Ibíd., 39.

al delito tienen que servir como un razonamiento mínimo e insuficiente para poder regular las penas según su importancia y afectación. Con lo cual, dentro de las reglas a aplicar se debe establecer que los delitos de mayor relevancia y cuidado deben tener una pena superior al resto de infracciones, los delitos de peligro deben tener una consecuencia negativa menor que los delitos de resultado, un delito tentado provoca un conflicto menor que un delito consumado, y de esta manera, su pena debe ser inferior. El desconocimiento de estos criterios afecta al principio de proporcionalidad al no adecuar la escala de conformidad a los injustos provocados, violentándose de esta manera derechos de la persona que va a enfrentar una determinada pena privativa de libertad.

### 3.2. La proporcionalidad concreta

En efecto, respecto del delito, para determinar su valor negativo, se analizan diversos elementos, como la culpabilidad, la responsabilidad, el desvalor social del acto, el daño causado a la víctima, o a la sociedad, y tantos otros. Pero así como la primera razón se compone de dos términos, delito y todos los elementos que configuran el valor del delito, la segunda razón también se deberá componer de dos términos. No es admisible considerar solamente un término, la pena expresada en unidades temporales. Respecto de ese término de la segunda razón, ese único término expresado en números, la pena, también es necesario determinar su valor negativo examinando diversos elementos, en forma paralela a lo que hemos hecho con la primera razón. Para ello deberíamos examinarla correspondencia con la realidad de las unidades temporales expresadas en la pena. Y allí nos veríamos obligados a enfrentarnos con la dimensión de ese tiempo numerado en la vida concreto del sujeto de la pena. Es decir, deberíamos considerar cómo el valor, expresado en el número de unidades temporales asignado a la pena, se traduce a la realidad concreta, a la experiencia humana del tiempo, pero, sobre todo, a la experiencia humana en el tiempo.<sup>17</sup>

La cárcel, como institución correctiva, claramente parte de una situación de dolor, al perder su derecho a la libertad de tránsito, una persona inicia su vida en el encierro desde la aflicción, no obstante, esto se entendería legal y legítimo en cierto punto, por haber transcurrido un debido proceso en el que se demostró su responsabilidad en el cometimiento de un delito, lo cual conlleva una pena privativa de libertad. Sin embargo, la cárcel no debería comprender la pérdida de otros derechos, la pena no debe sobrepasar el dolor provocado y el Estado no puede permitir la violencia institucional y los tratos inhumanos y degradantes, situaciones comunes y diarias en nuestros centros de privación de libertad.

---

<sup>17</sup> Ana Messuti, “Más allá del tiempo como pena”, en *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, dir. Eugenio Zaffaroni (Buenos Aires, Editorial Ediar, 2012), 42.

Gresham Sykes en su teoría de los padecimientos del encarcelamiento, al analizar una cárcel de máxima seguridad del Estado de Nueva Jersey, EE. UU, señala que en el encierro se viven múltiples violaciones a los derechos humanos. Dentro de las más comunes enumera la violencia institucional contra el privado de libertad que produce muerte y torturas, la privación de relaciones heterosexuales y las agresiones sexuales entre internos, la pérdida de autonomía, mayor empobrecimiento, la falta de servicios públicos y las condiciones de vida que degradan la dignidad del ser humano.

En fin, el encarcelamiento es una experiencia inhumana, pero tan aceptada como la democracia, esto tiene su explicación en la vindicta pública, en esa venganza colectiva hacia la persona que produjo un daño, por eso “parecería que la población de internos no tiene otro recurso que resistir los sufrimientos del encarcelamiento. Las frustraciones y las privaciones, con sus concomitantes ataques a la autoimagen del detenido, caerían sobre él con toda su fuerza y el tiempo pasado en prisión debería ser señalado como tiempo pasado en el purgatorio.”<sup>18</sup> No hay manera de enseñar a vivir en sociedad a quien excluyes de la misma y a quien le obligas a sobrevivir en condiciones de precariedad. La cárcel es una experiencia difícil, traumática y dolorosa, es la invención humana más bárbara.

Foucault afirma que los defectos de la prisión –su ineficacia para reducir el crimen, la tendencia de producir reincidentes, a organizar el medio criminal, a dejar en el desamparo a la familia del delincuente, etc. – se reconocen desde el decenio de 1820 hasta la fecha. Incluso cada vez que se reitera esta crítica la respuesta oficial es reafirmar las máximas de un buen sistema penitenciario en vez de desmembrar la institución. El patrón histórico de fracaso constante y resistencia continua al cambio conduce a Foucault a plantear enérgicamente una pregunta que es en muchos sentidos medular para la política penal contemporánea: ¿por qué subsiste la prisión? Como de costumbre, la respuesta que él da a esta pregunta tan trillada no es del todo común. Ofrece explicaciones que bien podríamos llamar ‘profundas’ en la medida en que se refieren a decisiones y a razones de ser que no son aparentes ni fácilmente <demostrables>, y sugiere dos razones para ello: una, que la prisión está <profundamente enraizada>, lo que significa que se inserta en los sistemas disciplinarios amplios que considera característicos de la sociedad moderna. Lo anterior, por supuesto, nos refiere a su argumento genealógico. Dos, la prisión subsiste porque desempeña <funciones precisas>. Continúa este argumento funcional revirtiendo el problema del fracaso y preguntando si, en cambio, podría comprenderse como una forma encubierta de éxito. En otras palabras, se pregunta a qué intereses serviría la producción de la delincuencia, la reincidencia y un medio criminal, y si tales <intereses> actúan para perpetuar estos defectos aparentes.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Gresham Sykes, *La sociedad de los cautivos. Estudios de una cárcel de máxima seguridad* (Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2017), 136.

<sup>19</sup> David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (México: Siglo veintiuno editores, 2010), 180-1.

En resumen, la cárcel solo reproduce sufrimiento. Las consecuencias individuales, familiares y sociales de las personas sometidas a la cárcel y a la justicia penal, es de discriminación y permanente vulneración de sus derechos humanos, razón por la cual es necesario un trato diferenciado sobre este grupo social, obligación que le corresponde al Estado garantizar a través de políticas públicas, con la finalidad de prevenir y reparar las constantes violaciones de las que son objeto los privados de la libertad.

Bajo estas circunstancias es imposible determinar cuál debe ser las unidades temporales que se le deben asignar a cada delito, qué es proporcional cuando el encierro desde el primer momento significa la opresión, supresión de derechos y la violencia institucionalizada. Nadie podrá sustentar la proporcionalidad de las penas cuando no se evalúa la experiencia individual de cada persona frente a la pena de prisión. Sin analizar este enfoque no podremos examinar la verdadera medida de la pena, disponer cuantitativamente del tiempo de un sujeto sin considerar la vivencia subjetiva de ese tiempo en prisión, es deshumanizar las penas y hacer fórmulas matemáticas sin sentido sobre seres humanos.

## Capítulo segundo

### Factores determinantes de la punibilidad

#### 1. Teoría del bien jurídico protegido

El concepto de bien jurídico aparece planteado por primera vez en la primera mitad del siglo XIX en autores como Birnbaum, Binding o Von Liszt, quienes manifestaban principalmente que el Estado a través del delito protegía determinados bienes como la vida, la salud, la propiedad, el honor, etc. Sin embargo, hubo corrientes de pensamiento encabezadas principalmente por Von Liszt que determinaban que los bienes jurídicos no son establecidos por el Estado o la norma, sino que los bienes jurídicos son creaciones de la vida social, y, por lo tanto, al Derecho únicamente lo que le corresponde es reconocer estos intereses que el ser humano tiene en su actividad social.

Por su parte Zaffaroni manifiesta que:

Los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho: la vida, el honor, la libertad, la salud, el estado, etc., son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas. En modo alguno con ello los protege o tutela. Aunque la ley penal no existiese, los bienes jurídicos seguirían siendo tales. El concepto de bien jurídico tutelado por el poder punitivo es falso. En la mayoría de los casos el poder punitivo, en el plano de la realidad, poco o nada tutela a los bienes jurídicos y, en el plano jurídico, tampoco los crea. Por ello, la idea penal de bien jurídico tutelado es incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y con su carácter sancionador.<sup>20</sup>

Si acogemos la teoría de la prevención de la pena de algún modo la ley penal estaría protegiendo los bienes jurídicos, no obstante, en un sentido práctico al momento en que se cometió un delito y se violentó algún bien jurídico la ley penal no protege nada, la afectación está generada y el poder punitivo únicamente sanciona esa lesión previamente tipificada.

Al respecto, el profesor Bustos Ramírez indica:

[...] individualizado entonces el bien jurídico, como algo concreto, pero que al mismo tiempo da cuenta de la vida del cuerpo social, surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica. Es decir, donde hay varios sujetos en juego, determinados entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adoptando determinadas formas y modos. El ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de lo cual una norma prohibitiva o de

---

<sup>20</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Ediar, 2006), 371-2.

mandato, a su vez selecciona un determinado ámbito de ella (...) El ordenamiento jurídico y la norma concreta tienen entonces que, además de seleccionar y fijar (en lo que interviene el Estado con sus diferentes procesos ideológicos), reproducir un contenido de ese bien jurídico, que es el de la vida social de los individuos.<sup>21</sup>

No obstante, para Ramiro Ávila la protección penal de cualquier tipo de relaciones sociales sería exagerada e inconstitucional, por cuanto la intervención del poder punitivo únicamente sería legítima cuando vulneren bienes jurídicos que protejan derechos constitucionales.

El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica solo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos. Los tipos penales no pueden proteger bienes jurídicos que no tengan sustento en principios y derechos humanos reconocidos constitucionalmente. Ahora bien, esta afirmación no implica que todo derecho humano reconocido en la Constitución deba tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal tenga sustento constitucional.<sup>22</sup>

Para que un bien jurídico pueda además ser considerado un bien jurídico penal debe cumplir ciertas características, ya que no todo lo que tenga un interés social relevante puede elevarse a la categoría de bien jurídico cuya afectación es sancionada por el Derecho Penal, según Santiago Mir Puig, para que un bien jurídico pueda ser tutelado penalmente debe cumplir dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal.

La importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal (...) El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción. El Derecho Penal no puede usarse para sancionar la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal. Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de delitos.<sup>23</sup>

Consecuentemente, si bien no toda infracción de lo que se considera como fundamental en la vida del individuo o de la colectividad puede merecer protección o sanción penal, el ataque o la puesta en peligro de ese bien de máxima importancia debe traer consigo la imperiosa necesidad de la intervención penal, debido a que la tutela por

---

<sup>21</sup> Juan Bustos, *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Volumen I (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 36-7.

<sup>22</sup> Ramiro Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales S.A., 2013), 41.

<sup>23</sup> Santiago Mir Puig, *Estado, Pena y Delito* (Buenos Aires: BdeF, 2006), 88-9.

otras vías del Derecho ha sido insuficiente o no ha llegado a cumplir con su cometido de protección.

Para que una conducta pueda ser considerada como delito debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico relevante para la convivencia social, de tal manera, que solo el ordenamiento penal pueda sancionar esa conducta, teniendo en cuenta el fracaso de otras formas de control social, jurídicas y extrajurídicas. Así lo establecen los caracteres de fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal, de raigambre constitucional en los Estados que tienen una cultura jurídica procedente de la Revolución Francesa.<sup>24</sup>

Por ello es que el Derecho Penal de los Estados constitucionales ya no solo se erige sobre el principio de legalidad, el cual sigue siendo un pilar fundamental y requisito *sine qua non* para el establecimiento de una sanción penal; ahora se exige además que se cumpla con el principio de lesividad, por el cual ninguna conducta puede ser punible si no lesiona o pone en peligro, bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente.

Consecuentemente, la simple constatación de un hecho no produce responsabilidad penal, sino que ésta tiene que haber generado un daño grave para que la conducta, dentro de las categorías dogmáticas de la teoría del delito, se entienda como antijurídica y se cumplan los requisitos de la punibilidad.

Por otra parte, para Balcarce las nuevas tendencias jurídico-constitucionalistas tienden a confundir los derechos fundamentales con los bienes jurídicos, al respecto señala que:

[...] la evolución del bien jurídico no es ni más ni menos que la historia de los derechos fundamentales, y ésta, a su vez, es el devenir de los intereses vitales de la humanidad. Dicha evolución no se puede anquilosar en la legislación penal ni constitucional; es un devenir incesante que produce constantemente nuevos bienes jurídicos, los transforma (por ejemplo, el honor o la integridad sexual) e, incluso, los torna caducos (v. gr., en una sociedad cada vez más secular empiezan a ceder espacio las conductas que atacan ciertos aspectos de la religión o la moralidad). No obstante, ello no significa que todo derecho fundamental deba traducirse de bien jurídico a bien jurídico penal.<sup>25</sup>

Si estos criterios aterrizamos a nuestra normativa penal, obviamente que lo mencionado por Ramiro Ávila no se cumple, dentro del Código Orgánico Integral Penal existen varios bienes jurídicos que no tienen ningún sustento constitucional, entre esos podemos señalar a la fe pública, actividad hidrocarburífera, recursos mineros, etc., sin embargo, dentro de nuestra historia normativa muchos de estos siempre han sido

---

<sup>24</sup> Ligia Vargas, *Armonización del delito de lavado de activos en los países de la Alianza del Pacífico* (Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2018), 44.

<sup>25</sup> Fabián Balcarce, *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal. Su vinculación con la Parte General* (Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009), 106.

recogidos como delitos a pesar de que no protegen ningún bien constitucionalizado. Se trata en muchos casos de afectaciones en las relaciones sociales o en bienes estatales que tienen gran impacto en la comunidad.

El poder penal del Estado es la manera más cotidiana y fuerte de intervención en la vida de las personas, por esta razón el Derecho tiene que limitar ese poder punitivo permitiendo únicamente su ejercicio cuando se traten de las afectaciones más graves que perjudican bienes jurídicos de mayor importancia y que únicamente pueden ser protegidos por el Derecho Penal. De esta manera hay que regular el ejercicio del poder punitivo, la afectación al bien jurídico de mayor importancia debe tener la pena más severa, mientras que la lesión al bien jurídico de menor valor debe tener la pena más suave y baja. Así graduamos la represión estatal y en la medida de lo posible, al menos en su aspecto formal, garantizamos cierta proporcionalidad de las penas.

“La determinación del catálogo de bienes jurídicos que constitucionalmente admiten por su relevancia una protección penal debe completarse con una jerarquización entre los mismos, dotándolos respectivamente de una protección penal -de una pena- proporcionada en su gravedad al valor de dichos bienes.”<sup>26</sup>

Ahora bien, un nuevo problema del Derecho Penal es la proliferación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, cuya tendencia pretende justificarse como alternativa de control ante los nuevos riesgos de esta sociedad en constante evolución; si bien existen intereses colectivos que pueden verse afectados y el Derecho Penal no puede desconocerlo, criterio con el que comulgo, no obstante, la creación de estos nuevos bienes jurídicos y los tipos penales que los “protegen”, al menos deberían respetar las garantías mínimas para la aplicación del Derecho Penal de *última ratio*.

Todos los que hemos sido estudiantes de Derecho Penal desde la primera clase nos viven repitiendo que el ejercicio del poder punitivo debe ser la última posibilidad de regulación dentro de un sistema democrático y racional, lo cual constituye una farsa, tales definiciones conceptuales no existen en la realidad, es una declaración lírica, un objetivo, un “deber ser” que permanentemente ha sido burlado. En nuestro catálogo de conductas prohibidas existen bienes jurídicos protegidos sin un sustrato constitucional, así como también tipos penales que no generan ningún daño ni tampoco una posibilidad de peligro, con lo cual se denota que esos principios limitantes del Derecho Penal son meras

---

<sup>26</sup> Luis Arroyo, “Derecho Penal y Constitución”, en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Coordinadores Eduardo Crespo y Cristina Rodríguez (Barcelona, Ediciones Experiencia, 2016), 146.



declaraciones, un discurso falso de nuestros legisladores al momento de crear o reformar la normativa penal.

Político-criminalmente estos nuevos delitos se justificaban desde la pretensión de alcanzar un Derecho penal más igual, pues muchos de ellos, sirvan de muestra los delitos contra el medio ambiente o los delitos contra la Hacienda Pública, contemplan conductas propias de la criminalidad de cuello blanco y no constituyen formas de delinquir propias de los estratos más bajos de la sociedad. Pareciera por tanto, que por esta vía el Derecho penal comenzaba a dejar de ser un Derecho exclusivo de los pobres. Pero, la actuación del legislador, al no proyectar sobre la redacción de las nuevas figuras delictivas principios como el de *ultima ratio* o el de proporcionalidad, llevaba en la práctica a que el Derecho penal, también aquí pudiera actuar como potencial factor generador de desigualdad (...) Es decir, en la articulación de la protección de estos nuevos bienes jurídicos hay que retomar los mismos principios constitucionales que se proyectan sobre los bienes jurídicos personales pues estos principios comprenden a todo el ordenamiento punitivo.<sup>27</sup>

Consecuentemente, los límites que tendría el legislador para dotar de protección penal a bienes jurídicos supraindividuales serían, en primer lugar, la necesidad de la normal penal para resguardar estos intereses colectivos por cuanto las demás medidas no son idóneas o no cumplen los efectos buscados. En segundo lugar, que no existan contradicciones con los principios constitucionales, esto es, que se garanticen los postulados de un Derecho Penal de mínima intervención y que efectivamente los delitos tipificados lesionen o pongan en serio peligro el bien jurídico protegido; un mero accionar peligroso o el incumplimiento de una norma, no alcanza para penalizar una conducta, puesto que se podría desviar la legitimidad del poder punitivo y su aplicación excepcional.

Ahora bien, resumiendo lo manifestado, si se exceptúan ciertos delitos del capítulo de graves violaciones a los derechos humanos, el bien jurídico vida, al ser el derecho supremo que da lugar al ejercicio de los demás derechos, debe tener el grado de protección más alto, con lo cual los delitos que lo vulneren en el grado más alto de afectación deberán tener la pena más alta dependiendo su grado de ejecución, de esta manera, no podrá tener igual pena cualquier afectación a otro bien jurídico. Partiendo de esa consideración deberá formularse la gradualidad de las penas, la importancia del bien jurídico será el primer gran filtro para lograr cierto equilibrio en las penas privativas de libertad.

---

<sup>27</sup> Ignacio Berdugo, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy* (Madrid, Iustel, 2012), 211-2.

## 2. Según el grado de intencionalidad

Los tipos penales descritos en el catálogo de conductas penalmente relevantes se pueden ejecutar de dos maneras: con dolo o con culpa, o lo que en la doctrina y en otros sistemas normativos han denominado como imprudencia. La distinción entre estas dos fuentes de imputación subjetiva repercute en casi toda la teoría del delito, no obstante, para el presente trabajo lo que importa es la intencionalidad con la que actuó el sujeto activo y como este elemento se deriva en la gradualidad de la pena a imponer, de forma que, el desvalor del resultado en 2 delitos puede ser el mismo (se dio muerte a otra persona por disparos), sin embargo, en la modalidad dolosa siempre va a existir un mayor desvalor de acción que en el delito culposo o imprudente, por cuanto los disparos van a ir dirigidos intencionalmente a acabar con la vida de otra persona, mientras que en la modalidad culposa no se va a buscar esa finalidad, como aquella persona que está practicando imprudentemente “ tiro libre ” en una zona no autorizada, y por el lugar transita otro sujeto al que le produce la muerte por los disparos. Esta distinción en el desvalor de acción debe provocar que el legislador establezca una pena ostensiblemente inferior al delito culposo o imprudente, en comparación a la impuesta al delito doloso.

### 2.1. Dolo

El artículo 26 del COIP determina lo siguiente:

**Art. 26.-** Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Como fundamento general sólo es punible la ejecución dolosa de los tipos penales establecidos en la parte especial de la normativa sustantiva, a menos que, por el principio de legalidad, también se considere expresamente la realización culposa del tipo.

Si bien el segundo inciso del artículo 26 refiere a la preterintencionalidad como una modalidad dolosa cuyo resultado lesivo supera al buscado por el sujeto activo, razón por la cual, la conducta recibe una menor escala punitiva; no obstante, este concepto ya ha sido superado por la dogmática penal, debido a que dependiendo del caso concreto podría entenderse como un caso de dolo eventual o dolo directo de segundo grado. Ahora bien, el reconocimiento de la preterintencionalidad es otro grave error del COIP, debido

a que, si bien se lo incluyó dentro de la parte dogmática, por otro lado, en la parte sustantiva no existe un solo delito que reconozca esta modalidad y que contenga una pena atenuada por la disminución de su aspecto volitivo, como en el extinto código penal existían los delitos de homicidio preterintencional, lesiones preterintencionales o el aborto preterintencional. Por lo tanto, al no estar reconocida dentro de los elementos objetivos de algún tipo penal ni al establecerse alguna pena diferenciada dentro del mismo, por el citado principio de legalidad, no existen los delitos preterintencionales en el Código Orgánico Integral Penal y esta figura no tiene aplicación alguna.

Por otra parte, el concepto de dolo que establece nuestro código es la definición clásica causalista que ya estaba contemplada en el Código Penal anterior, con lo cual doctrinariamente no existió ningún avance al respecto. Para este esquema es necesario el conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos del tipo así como la consciencia de la antijuricidad de la conducta, ya que el dolo según el causalismo hacía parte de la culpabilidad, lo cual se modificó con el finalismo.

Piense usted en un delito contra el medio ambiente, como el de verter residuos tóxicos en un río, bajo el concepto del *dolus malus*, tendría que probarse que el agente ha tenido la voluntad de causar daño, en este caso a la naturaleza, cuando en la práctica esta persona seguramente estaba tratando de ahorrarse dinero en el tratamiento de los residuos tóxicos de su empresa o industria y su afán no era el de causar daño a la naturaleza sino el de proteger su capital. Bajo ese concepto de dolo, la conducta no sería dolosa y por tanto no punible. Ahora, el concepto del dolo natural o avalorado supone que el sujeto activo conoce los elementos objetivos del tipo y quiere realizar esta conducta, es decir, conoce y quiere verter residuos tóxicos en un río, más allá de su conocimiento o no de la ilicitud del acto.<sup>28</sup>

La doctrina más contemporánea establece que el dolo es la voluntad de realizar la conducta descrita en el tipo penal. Zaffaroni al respecto manifiesta que “es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo (no es una posibilidad de conocimiento sino un conocimiento real) y recae sobre los elementos del tipo objetivo sistemático”.<sup>29</sup>

Esto es lo que se conoce como dolo natural o avalorado, en el que se necesita una parte cognitiva y otra volitiva. Conocer los elementos objetivos del tipo penal y tener la intención de realizar la conducta.

---

<sup>28</sup> Pablo Encalada, *Teoría Constitucional del Delito* (Quito: Centro de Estudios y Publicaciones, 2016), 57.

<sup>29</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 403.

Sin embargo, es justamente en ese aspecto volitivo en el que se puede clasificar al dolo.

Comúnmente se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (*dolus directus* de primer grado), el dolo directo (*dolus directus* de segundo grado) y el dolo eventual (*dolus eventualis*). Las mismas se contraponen a las dos formas de la imprudencia, la consciente y la inconsciente. Resumiendo en forma de lemas: bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.<sup>30</sup>

Para este trabajo no tengo la intención de precisar conceptualmente estas diferenciaciones de dolo por cuanto no es el objeto del mismo, no obstante, es preciso recalcar que, en nuestra normativa al establecerse al dolo como el designio de causar daño, se estaría limitando únicamente al dolo directo que es entendido precisamente de esta manera, ya que tanto en el dolo indirecto como en el eventual, el agente no tiene el designio de causar el daño que finalmente provocó. A pesar de esto, no existe diferencia de reprochabilidad entre cada uno, es decir, no es que un delito provocado por dolo directo tiene más pena que el generado por dolo eventual, en cada uno de estos casos, que dependerán de las circunstancias concretas del hecho, la pena será igual. Esta clasificación tiene un carácter meramente doctrinario puesto que al menos en nuestra legislación no se encuentra recogida.

De igual manera, es preciso referirnos a la omisión dolosa contenida en el artículo 28 del COIP, que establece lo siguiente:

**Artículo 28.-** La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas, sino también normas que establecen un imperativo de hacer, cuya omisión puede provocar un resultado lesivo, no obstante, el COIP limita los delitos omisivos y dolosos para cuatro bienes jurídicos

---

<sup>30</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid, Civitas, 1997), 415.

exclusivamente: vida, salud, libertad e integridad personal, ningún otro bien jurídico puede verse afectado por una conducta con estas características.

La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga en éstos es la no realización de una acción. Así, si la norma es prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, en un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá en un no hacer la acción que la norma ordena (norma imperativa: socorrer; conducta que la infrinja: no socorrer).<sup>31</sup>

En cuanto al aspecto penológico es preciso mencionar que los delitos dolosos con una estructura típica comisiva u omisiva no tendrán distinción, es decir, tiene la misma pena quien realiza la conducta prohibida y produce un resultado lesivo, que la persona que no hizo lo que estaba obligado a hacer teniendo la intención de afectar uno de los bienes jurídicos expresamente establecidos para esta modalidad.

## 2.2. Culpa

Los delitos culposos son la respuesta social a los riesgos intolerables que lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos como la vida, la salud o la integridad física. Esta es la razón para ampliar el poder punitivo a los delitos culposos, el sobrepasar el riesgo permitido o no haberlo respetado, incumpliendo aquel deber objetivo de cuidado que produce afectaciones a ciertos bienes jurídicos y que merece reproche penal por parte de la sociedad.

Por otra parte, y a diferencia del delito doloso, el delito imprudente, es decir, la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo de delito, no se castiga siempre. El principio de intervención mínima obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, sólo las infracciones de la diligencia debida más importantes (imprudencia grave y, excepcionalmente, menos grave, pero no la imprudencia leve) ... Hasta cierto punto es lógico que esto suceda, porque la penalización indiscriminada de todo comportamiento imprudente, cualquiera que sea el bien jurídico al que afecte o independientemente del resultado que produzca, supondría una enorme inflación del Derecho penal y una paralización de la vida social.<sup>32</sup>

Al ser una extensión de la punibilidad de los delitos dolosos, y por los principios de legalidad y mínima intervención penal, únicamente podrán ser punibles las conductas

---

<sup>31</sup> Francisco Muñoz, Mercedes García, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 251.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, 302-3.

culposas que estén expresamente tipificadas en la normativa sustantiva, y siempre que se protejan los bienes jurídicos de mayor relevancia para nuestra sociedad, por esta razón, se reconoce el homicidio culposo o las lesiones culposas que afectan el bien jurídico vida o integridad física, mientras que en nuestra legislación no se contemplan hurtos culposos o defraudaciones culposas, debido a que son bienes jurídicos cuya tipificación de conductas no amerita el reconocimiento de la modalidad culposa.

Mientras que en los delitos dolosos el agente conoce y quiere cometer la conducta típica, en el delito culposo no tiene la intención de cometer un delito o de provocar un daño, simplemente se realiza la conducta sin el debido cuidado o irrespetando normas o procedimientos comunes a su actividad.

Comete un delito imprudente quien, al infringir una norma de cuidado, crea un riesgo no permitido, que se realiza en un resultado previsible, dentro del fin de protección de la norma. Al delito imprudente corresponde un menor desvalor de acción en comparación con el delito doloso y, por tanto, una consecuencia jurídica menos grave. Esto se debe a que el desvalor de acción del delito imprudente se fundamenta en la acción descuidada y no -como sucede en el delito doloso-, en la conciencia y voluntad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico.<sup>33</sup>

El artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal señala lo siguiente:

**Art. 27.-** Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

La infracción al deber objetivo de cuidado al que hace referencia el artículo citado es justamente la falta de precaución, prudencia, esmero, traducido en la inobservancia de reglas, ordenanzas, manuales, normas, reglamentos o *lex artis* acordes a cada profesión. Consecuentemente, los tres requisitos para que se configure un delito culposo son los siguientes:

- Infracción al deber objetivo de cuidado.
- Resultado lesivo tipificado.
- Nexos causal entre la infracción a ese deber de cuidado y las lesiones producidas.

---

<sup>33</sup> Miguel Ontiveros, *Derecho Penal. Parte General* (México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017), 249.

Debe existir el nexo causal para que se produzca un delito culposo, la mera producción del resultado no configura una infracción al deber objetivo de cuidado. Es así que si ingresa al hospital una persona con un disparo en el pecho y se muere en la intervención quirúrgica producto del cuadro crítico en el que ingresó, el médico no tendrá ninguna responsabilidad. Caso contrario, si el médico realizó un corte que no debió hacer o aplicó medicamentos prohibidos según las normas generales de su especialidad, y producto de su acto se produce la muerte del paciente, en ese caso el médico tendrá responsabilidad penal por mala práctica profesional.

Sin embargo, según mi criterio es más reprochable el delito culposo por mala práctica profesional que el delito culposo en general, por cuanto en el primero existe un sujeto calificado que debió ejercer su profesión de conformidad con las reglas, las normas y la doctrina que le permitieron justamente ser profesional.

Así como al dolo se lo puede clasificar, a la culpa también se la puede dividir en dos:

Se suele clasificar la culpa en culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación: (a) en la primera el agente se representa la posibilidad de producción del resultado (o, lo que es lo mismo, tiene consciencia de que el resultado típico puede sobrevenir a partir de la creación del peligro por él generada); (b) en la segunda, pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse esa posibilidad de producción del resultado, no los actualiza (no piensa en ellos) y, por ende, no se la representa o, lo que es lo mismo, no tiene consciencia de la creación del peligro (que siempre es de un resultado).<sup>34</sup>

Tampoco es de mi interés profundizar dogmáticamente sobre esta clasificación de la culpa. No obstante, para finalizar esta sección sobre la pena según la forma de ejecución, es importante imponer como criterio que siempre los delitos dolosos deberán tener mayor reprochabilidad que los delitos culposos en vista de la intención de provocar el resultado típico, del mismo modo, los delitos culposos que tengan un sujeto activo calificado deberán tener mayor pena que los delitos culposos en general.

### **3. Tipo penal base vs. Tipo penal agravado**

La calificación del tipo penal tiene relación con ciertas especificidades dentro de las características objetivas referentes a la calidad del sujeto, su profesión, su relación con la víctima, su edad, o por el resultado o nivel de violencia con el que se cometió el delito,

---

<sup>34</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 429.

razón por la cual, al tratarse de una modificación del tipo penal genérico o básico, su consecuencia natural debe ser también la modificación y agravación de la pena. La calificación denota una circunstancia que rebasa a la generalidad en el cometimiento del delito, consecuentemente, la pena privativa de libertad del tipo penal calificado en ningún caso podrá ser menor que la del tipo penal base.

El tipo penal supone la existencia de dos sujetos en la relación delictual, el sujeto activo, o quien realiza o ejecuta el verbo rector establecido en el tipo; y, el sujeto pasivo, quien es el titular del bien jurídico penalmente atacado. Todo delito al menos va a tener estos dos sujetos en esa relación entre víctima y victimario, no obstante, existen ciertos tipos penales que por las características específicas del sujeto activo o pasivo se modifican las circunstancias y necesariamente se agrava la punición. Por ejemplo, el delito base de abuso sexual (art. 170 COIP) tiene una pena de 3 a 5 años, no obstante, si el sujeto pasivo del delito es menor de 14 años de edad o tiene una discapacidad la pena se incrementa al rango de 5 a 7 años, y por último, si la víctima es menor de 6 años de edad se impondrá una pena de 7 a 10 años de privación de libertad.

El tipo penal de tráfico ilegal de migrantes (art. 213 COIP) tiene una pena de 7-10 años de privación de libertad, no obstante, si la conducta recae sobre niñas, niños, adolescentes o personas con una condición de vulnerabilidad, la pena se incrementa de 10-13 años. Del mismo modo, en el delito de revelación ilegal de base de datos (art. 229 COIP), si el sujeto activo es un servidor público que de manera ilegal publica información contenida en un archivo informático, la pena se incrementa de 3 a 5 años de privación de libertad, cuando en el tipo penal base el rango de pena es de 1 a 3 años. Asimismo, en el delito de lavado de activos (art. 317 COIP) si la conducta es realizada utilizando algún cargo o dignidad pública, la pena automáticamente se incrementa al rango de 10 a 13 años de privación de libertad, mientras que, si no se cumple esta cualidad, la pena podrá ir desde 1 a 3 hasta 7 a 10 años dependiendo el monto de los activos objeto del delito.

La calificación del sujeto activo puede ser necesaria o legal, en el siguiente sentido: hay un sujeto activo necesariamente calificado cuando de la naturaleza misma de la conducta prohibida surge la calificación (así por ejemplo, no puede ser un hombre sujeto activo de autoaborto). En lugar hay una calificación meramente legal cuando lo que da ese requerimiento es una calidad eventual de la que surge un mayor o menor contenido injusto del hecho: así la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge en el homicidio calificado, no deviene de la esencia de la conducta del homicidio. La calificación del sujeto activo puede también ser natural o jurídica. Es natural cuando depende de conceptos que no requieren valoración jurídica para ser comprendidos a nivel de valoración paralela



en la esfera del lego (padre, madre, mujer) y es jurídica cuando requieren esta valoración (funcionario público, tutor).<sup>35</sup>

Cabe resaltar que al igual que se califica al sujeto activo, el sujeto pasivo también puede ser calificado según el género, edad, grado o relación con quien ejecuta el delito, entre otras razones, que de igual manera provocarán que se modifique las circunstancias genéricas, y, por lo tanto, la pena deba incrementarse con respecto al tipo penal base.

Asimismo, existen ciertos delitos que por su especificidad se requiere de la calificación de los sujetos activos o pasivos, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad social se hace necesario que el sujeto pasivo deba tener la calidad de trabajador, o en los tipos penales contra la eficiente administración pública se exige como sujeto activo a los servidores públicos. Esto también ocurre con las demás circunstancias objetivas del tipo penal que pueden ser modificadas de acuerdo a la modalidad con la que se ejecutó el delito, de esta forma el asesinato es un homicidio agravado, por el grado de violencia, dolor, o por las circunstancias que englobaron la muerte de la persona.

#### **4. Según la lesión o puesta en peligro**

El derecho penal no puede dar la misma consecuencia jurídica a dos conductas cuyo resultado difiere en la lesividad provocada. Si bien es coherente que se sancione aquellas conductas que podrían generar un riesgo a bienes jurídicos, el grado de la pena debe variar considerablemente con respecto a aquellos delitos cuyo resultado provocó un daño real.

Los delitos de lesión o de resultado son aquellos que requieren que el objeto de protección sea efectivamente afectado, no obstante, hay que precisar que la lesión es un concepto normativo que no necesariamente requiere de una comprobación material, puesto que existen bienes jurídicos que tienen un sustrato material, mientras que otros por su naturaleza ideal carecen de la misma, lo cual no modifica su afectación. Es tan lesivo para su correspondiente bien jurídico, matar a una persona (lesionando la vida), calumniar (lesionando el honor) o divulgar noticias falsas para afectar los precios del mercado (lesionando el orden económico).

La tipificación general de los delitos se refiere a delitos lesivos, es decir, que producen una afectación al objeto material, no obstante, por precautelar ciertos bienes

---

<sup>35</sup> Eugenio Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III (Buenos Aires: EDIAR, 2004) 282.

jurídicos de relevancia individual o colectiva, el legislador ha previsto el adelantamiento de la punibilidad hacia una etapa previa a la lesión, refiriéndose al peligro de generar un daño.

Son delitos de peligro, siguiendo a Kindhauser, aquellos en los que se salvaguarda la seguridad de los bienes jurídicos protegidos, de tal forma, que no hay una efectiva lesión al objeto jurídico. En esta modalidad de tipos penales no se exige la afectación del bien para que el delito quede consumado, aunque dependiendo de si el peligro es concreto o abstracto, habrá una exigencia mayor o menor para determinar ese grado de peligro por parte del operador jurídico: en los delitos de peligro el hecho solo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción.<sup>36</sup>

Dentro de las últimas reformas a nuestra normativa penal así como dentro de la generalidad del Derecho Penal, en los últimos tiempos, los límites del poder punitivo en lugar de restringirse se han ampliado, se han adelantado barreras y los delitos de peligro cada vez tienen mayor cabida. Su incorporación responde a esta sociedad de riesgos sin fin, en el que se debe proteger ciertos bienes jurídicos relevantes para el ser humano, bienes que pueden ser muy susceptibles de lesión, no obstante, para nuestro legislador algunos de estos tipos penales responden simplemente a conductas socialmente mal vistas o que tienen un rechazo político profundo, ejemplos de estos pueden ser los delitos medioambientales, de tránsito, el porte de armas o la tenencia de drogas, entre otros.

Al respecto Donna manifiesta que:

[...] esta extensión del Derecho Penal, debido a la llamada sociedad de riesgos, y su extensión a sectores que antes se encontraban fuera de su ámbito, es posible debido al triunfo de la posición del llamado Derecho Penal de fines, de modo que se convierte en un instrumento de política social, frente a la idea del Derecho Penal como la reafirmación del Derecho mediante la protección de bienes jurídicos. Con lo cual el Derecho Penal deja de ser la última ratio para convertirse en una forma de conformación social o instrumento de cambio de la sociedad, idea que había sido rechazada por la Ilustración.<sup>37</sup>

A pesar de que el concepto de peligro siempre va a ser abstracto y se enmarca dentro de la ambigüedad, en la dogmática penal se marca una diferencia entre peligro concreto y abstracto, conceptos que deberán tener diferente consecuencia en cuanto a la gravedad y a la pena por las diferentes situaciones de riesgo que significan.

Dado que el delito de puesta en peligro concreto es caracterizado por el requisito de un peligro como resultado y en la forma de un peligro concreto, en el cual está puesto el bien

---

<sup>36</sup> Miguel Ontiveros, *Derecho Penal. Parte General* (México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017), 196-7.

<sup>37</sup> Edgardo Donna, *Derecho Penal. Parte Especial* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2002) 18.

jurídico, un mero actuar riesgoso no es suficiente, mientras que dicho actuar no ponga un bien determinado realmente en una situación de peligro. Con ello queda claro que la situación de peligro debe ser evaluada desde el punto de vista del objeto amenazado y no desde el punto de vista del autor. Existe una situación de peligro cuando una evaluación objetiva de un experto lleva al resultado de que en el momento en el cual el objeto entra al ámbito del acontecimiento causal es de suponer que existe la posibilidad de la lesión de un determinado objeto (...) En consecuencia, la diferenciación principal no es la diferenciación entre puesta en peligro concreta y abstracta, algo transitivo, sino entre puesta en peligro de un determinado bien y (mera) peligrosidad de una acción (la cual también puede consistir en la creación de una situación de riesgo). Por tanto en los delitos de peligro corresponde diferenciar objetivamente entre delitos de puesta en peligro y delitos de peligrosidad. Los delitos de puesta en peligro son delitos de resultado, los delitos de peligrosidad son meros delitos de acción (los cuales eventualmente pueden tener relación con una situación permanente de riesgo).”<sup>38</sup>

En los delitos de peligro abstracto no hace falta la creación real de un peligro, sino que determinada acción posibilita la creación de un riesgo. Aunque nunca haya existido el peligro, dicha acción se enmarca dentro de un contexto de peligrosidad, la cual cabe aclarar no es una categoría jurídica *per se*. Un ejemplo sería el hecho de pasarse el semáforo en rojo a altas horas de la madrugada cuando se ve que no existen otros vehículos alrededor, o el mismo hecho de conducir a exceso de velocidad, si bien esto no generó ningún peligro ni tuvo un resultado dañoso, la conducta pudo ser “peligrosa” porque vulneró una norma de circulación vehicular.

Para la doctrina española la diferencia básica entre los delitos de peligro concreto y abstracto radica en que, en la estructura del tipo penal, se “determina que son delitos de peligro concreto aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, por lo que para la consumación es necesaria la demostración de que en la situación concreta hubo peligro para determinados bienes jurídicos.”<sup>39</sup>

Esto en mi humilde criterio sería una distinción muy básica e imprecisa, puesto que la distinción no debería depender únicamente de la voluntad del legislador y de la redacción del tipo penal, ya que habrá circunstancias que el peligro sea concreto aunque el tipo penal no lo refiera textualmente. Al respecto, el profesor Terradillos Basoco ha señalado que:

[...] las definiciones que consideran como delitos de peligro concreto a aquellos en los que el peligro es un elemento del tipo, no pueden estimarse suficientes. No puede bastar

---

<sup>38</sup> Hans Hirsch, “Sistemática y límites de los delitos de peligro”. Accedido 12 de diciembre de 2018, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21385/19058>.

<sup>39</sup> Cristina Méndez, *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*. Revista Nuevo Foro Penal n° 44, 171. Accedido el 25 de marzo de 2019, <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4166/3421/0>.

para fundamentar tal calificación con que en la tipificación se haya establecido expresamente la necesidad de provocación probada de una situación de riesgo, que, por tanto, no puede presumirse como necesariamente derivada de ciertas conductas, pues con ello no se hace sino definir el peligro. Pero para que este merezca la consideración de concreto es preciso exigir algo más: la demostración de que se produjo efectivamente la situación de riesgo para un objeto material o jurídico determinado.<sup>40</sup>

Por estas consideraciones, es que la concreción se demostrará en cada caso en particular, por ejemplo el delito de porte de armas, si adoptamos el criterio anterior, al no establecerse en el tipo penal la condición de puesta en peligro, este delito se lo consideraría como uno de peligro abstracto, ahora bien, si el porte de armas se lo realiza en un lugar despoblado donde no se afectará ninguna vida humana, se entiende que se trataría de un delito de peligro abstracto ya que simplemente esa conducta engloba un mero actuar riesgoso. No obstante, si la misma persona porta un arma dentro de un colegio o de un edificio donde existe gran cantidad de personas, el peligro cambia sustancialmente, y se podría entender que, en ese caso en particular, el peligro sería concreto.

En los delitos de peligro simplemente con la posibilidad de afectar al bien jurídico se torna una conducta penalmente relevante, no hace falta que después se configure o no la afectación, con lo cual existe un adelantamiento de las barreras de protección a una etapa previa al daño que se pueda producir.

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, si era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y que conozca, además, las leyes de la naturaleza y las reglas de la experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico).<sup>41</sup>

Consecuentemente, si de esa acción debidamente comprobada se deduce que no hubo peligro alguno, la acción no podrá ser antijurídica y por lo tanto tampoco podrá ser punible, puesto que la antijuridicidad material, por el principio de lesividad, obliga a que se demuestre la lesión o la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la norma penal.

El problema central que concitan los delitos de peligro abstracto, del que surgen las objeciones dogmáticas y político-criminales formuladas históricamente en su contra, se

---

<sup>40</sup> Juan Terradillos, *Peligro abstracto y garantías penales*, 73. Accedido el 06 de marzo de 2019, publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/3933/.../0

<sup>41</sup> Francisco Muñoz, *Teoría General del Delito* (Bogotá: Editorial Temis, 2012), 84.

refiere al hecho de que han sido interpretados y aplicados en el sentido de posibilitar el castigo de hechos carentes de peligrosidad, al haberse llegado a la convicción de que comportamientos coincidentes con la descripción típica son antijurídicos aunque, en atención a las circunstancias del caso, sean inidóneos para producir un menoscabo en el bien jurídico tutelado por la norma penal. Lo anterior ha dado cobertura discursiva a quienes denuncian la falta de legitimidad de los delitos de peligro abstracto debido a la falta de lesividad o peligrosidad de las conductas incluidas en el tipo, al poner al descubierto el problema de la no coincidencia entre la infracción formal del precepto y la vulneración del fin de protección de la norma, si se considera que éste ha de ser la protección de bienes jurídicos frente a conductas que sean capaces de crear un peligro señaladamente intenso para los mismos. Estos problemas a los que se ha aludido se vinculan -y en cierta medida se agudizan- con el empleo del modelo del peligro abstracto como técnica de protección de bienes jurídicos supraindividuales.<sup>42</sup>

Por lo tanto, el nivel de riesgo o peligro para un bien jurídico es otro de los filtros para graduar la pena y el poder punitivo del Estado. Nunca un delito de peligro abstracto puede tener igual o mayor pena que un delito de peligro concreto, y estos a su vez, no pueden tener igual consecuencia que un delito de resultado o de daño.

## 5. Según el grado de participación criminal

Según el artículo 41 del Código Orgánico Integral Penal existen dos grados de participación en un delito: el autor y el cómplice. Esta diferencia hará que el nivel de reprochabilidad también se modifique por cuanto el autor es la persona que tuvo una participación directa, ya sea por cometer la infracción, por no impedir la ejecución teniendo la obligación de hacerlo, por haber ordenado su realización (autoría mediata) o haber coadyuvado de manera esencial para su cometimiento (coautor); mientras que el cómplice es quien cooperó con actos secundarios a la realización del delito de manera anterior o paralela a su ejecución, de tal modo que aún sin hacer estos actos, la infracción se hubiera dado, de esta manera, la fijación de sus penas teniendo en consideración estos elementos, deberán ser diferentes.

### 5.1. Autoría

Para la doctrina dominante, la autoría se constituye cuando:

[...] el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo. Welzel, en frase que ha hecho fortuna, dice que es autor el «quien» anónimo de los referidos tipos

---

<sup>42</sup> Joaquín Bages, *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018), 25.

legales («El que matare a otro...»). Esto significa que, en este sentido, los tipos de la Parte Especial son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Este es el sentido estricto del término «autor», también llamado «concepto ontológico» o «concepto real» de autor, porque se entiende que responde al significado propio de la palabra «autor»: el «verdadero» autor de un hecho sería, en efecto, aquél que lo realiza y del que se puede afirmar que es «suyo».<sup>43</sup>

Sin embargo, para explicar la figura de la autoría es preciso recalcar sus distinciones, puesto que no únicamente es autor, en sentido estricto, quien realiza la acción que está reflejada en el párrafo anterior, sino que la doctrina amplía su consideración. El autor no es simplemente el que ejecuta materialmente el hecho por sí sólo o conjuntamente con otra u otras personas, son autores también los que se sirven de otra persona como instrumento para la realización del delito o aquellos partícipes que realizaron actos sin los cuales era imposible cometer la acción típica.

Dentro de esta extensión entra el autor mediato, quien es:

[...] el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica (...) El autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas) en la misma medida requerida para el autor inmediato. El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.<sup>44</sup>

Para determinar la autoría mediata es fundamental comprobar la relación existente entre el autor mediato y la persona de la cual se sirve para la ejecución. El papel fundamental para poder imputar el hecho no solamente radica en el realizador material sino en la persona de atrás, quien ordenó y planificó su ejecución. Obviamente las dos personas tendrán el mismo nivel de reprochabilidad, y, por lo tanto, merecerán la misma pena, siempre y cuando se pruebe que los dos actuaron con conocimiento y con la intención de cometer el delito, puesto que puede ser que el realizador material haya actuado coaccionado o sin conocimiento de la situación, y de ello se haya aprovechado el ideólogo e intelectual. En estos casos, dependiendo la situación concreta, podría generar que el ejecutor no tenga responsabilidad penal y que el autor intelectual tenga responsabilidad como autor directo del hecho.

---

<sup>43</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed. (Barcelona, Editorial Reppertor, 2005), 365.

<sup>44</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. (Buenos Aires, Hammurabi, 1999), 504-6.

Por otro lado, dentro de la autoría también está lo que se denomina como la coautoría, la cual determina que:

Pueden concurrir varios autores en un delito. Si cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, habrá una autoría concomitante, pues cada uno tendrá el dominio del hecho. Pero también pueden desarrollarse los hechos de otra manera, donde haya una división de las tareas, lo cual puede provocar confusiones entre coautoría y participación. Así, si alguien se apodera del dinero en un banco mientras otro mantiene a todo el personal contra la pared con un arma, no es que uno esté cometiendo un hurto y el otro coacciones, sino que ambos cometen un delito de robo a mano armada.<sup>45</sup>

El dominio funcional del hecho es lo que va determinar la existencia de coautoría, debido a que el reparto de tareas y la asignación de funciones determinarán si el aporte realizado fue indispensable o no para llevar a cabo el delito. Si su accionar era estrictamente necesario para la ejecución y si además cumple con las características de la conducta típica entonces es coautor, por el contrario, si se podría haber prescindido de su participación sin que la realización del delito se altere o si simplemente no ejecutó el verbo rector del tipo penal, se podría hablar de otro grado de participación.

Por estas consideraciones, a las distintas clases de autoría le corresponde el mismo grado de reprochabilidad, y la pena establecida en el tipo penal debe ser la misma tanto para el autor directo, para el autor intelectual como para los partícipes trascendentales.

## 5.2. Complicidad

La segunda forma de participación en un delito según nuestra ley penal es la figura del cómplice.

El cómplice sólo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito. — La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aportación al hecho principal y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable. Desde el punto de vista del momento de la aportación de los cómplices, sólo cabe señalar que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución. No hay - como se dijo - una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior.<sup>46</sup>

Sin embargo, aun cuando la colaboración no sea indispensable, para determinar la relación de complicidad con el hecho punible, debe efectivamente establecerse que el

---

<sup>45</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 616.

<sup>46</sup> Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires, Hammurabi, 1999), 530-1.

cómplice con su actuación contribuyó a la realización del hecho principal, facilitando o favoreciendo a la ejecución del delito.

En la medida en que el hecho principal -en tanto se trate de un delito de resultado- la acción y resultado están unidos por la cadena causal, todo favorecimiento de la acción del autor repercute necesariamente, favoreciendo o facilitando, en la entrada del resultado. En consecuencia, esto significa que la participación consumada sólo existe cuando la conducta del cómplice en la concreta realización del hecho principal contribuye efectivamente a su producción (...) Resumiendo: como cómplice responde aquel que realiza dolosamente una acción para favorecer el hecho antijurídico de un tercero en tanto que su acción favorezca efectivamente la ejecución o la tentativa de realización del hecho principal.<sup>47</sup>

El cómplice no ejecuta el verbo rector del delito ni las demás características objetivas del tipo penal, si bien presta algún tipo de ayuda para su cometimiento, la reprochabilidad tiene que ser menor y la fijación de la pena igual, en vista de que su conducta no generó directamente la lesión al bien jurídico protegido. No obstante, al haber colaborado para que se pueda generar dicha vulneración debe existir responsabilidad penal en su accionar. En el Código Orgánico Integral Penal se acoge este criterio y de conformidad al último inciso del artículo 43 se establece que la pena del cómplice corresponderá a un tercio de la pena establecida para el autor.

## 6. Según el grado de ejecución

Aunque parezca que la distinción en este tipo de casos es obvia y que no se puede valorar de la misma manera un delito ejecutado que efectivamente produjo un daño, con la mera intención de realizar un acto punible que habría provocado una lesión pero que fue impedido y nunca se realizó.

La consumación es la realización plena de los elementos objetivos del tipo penal, es decir, todos los tipos penales refieren una acción en su forma consumada, ya sea “el que mate, robe, hurte, viole, estafe”, etc., esta consumación del delito es la que produce la interposición de la pena establecida en el tipo penal. Por el contrario, no provocar la acción referida, por simple lógica no podría acarrear la misma consecuencia penal.

La dogmática nuevamente aquí realiza una distinción entre las varias formas de consumación, puesto que existen delitos de consumación anticipada, instantánea, continuada o permanente, los cuales podrían provocar diferentes grados de

---

<sup>47</sup> Thomas Weigend, “Los límites de la complicidad punible”, en *Autoría y Participación*, *Revista de Derecho Penal*, Director Edgardo Donna (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006), 74-5.



reprochabilidad, sin embargo, al tratarse de un trabajo que no busca realizar un recuento conceptual sino tratar de establecer el grado de reprochabilidad entre cada una de estas categorías, únicamente haré la distinción general entre delitos consumados frente a la tentativa.

El artículo 39 del COIP establece lo siguiente:

**Art. 39.-** Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito.

En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no solo es mayor, sino que a menudo implica una lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa.<sup>48</sup>

Por ejemplo, en un delito contra la vida, la consumación significará la muerte de una persona, mientras que la tentativa, en el peor escenario, habrá provocado una lesión. La escala punitiva debe valorar la consecuencia real del acto, de esta manera, siempre la producción y ejecución del delito tendrá una valoración más grave que haberlo planeado y no haberlo producido. El desvalor del resultado siempre será mayor al desvalor de la acción, sino no habría que realizar esta distinción entre consumación y tentativa, ya que para el desvalor de la acción el injusto será el mismo: siempre se tuvo la intención de causar la muerte en los dos casos.

## **7. La variación de la pena según atenuantes y agravantes.**

Existen dos circunstancias generales por las cuales se aumenta o disminuye la pena de conformidad a ciertas reglas legalmente establecidas, estas son las circunstancias agravantes y las atenuantes. Ninguna de las dos son exigidas por la ley para la existencia del delito, su finalidad únicamente es la de modificar la sanción. En este mismo sentido, es preciso aclarar que existen condiciones agravantes generales que son las establecidas en la parte dogmática de la infracción penal, y a su vez, también pueden haber circunstancias agravantes específicas que son condiciones particulares determinadas en

---

<sup>48</sup> Francisco Muñoz, *Teoría General del delito* (Bogotá: Editorial Temis, 2012), 165.

el tipo penal, que incrementan la escala punitiva contemplada en la descripción base de la infracción.

Por ejemplo, si la víctima del delito de inseminación no consentida es menor de dieciocho años o no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, el rango de pena a aplicar es de 7 a 10 años de privación de libertad, mientras que la conducta general tiene una pena de 5 a 7 años. Del mismo modo, en el delito de lavado de activos (art. 317) cuando el monto de los activos supere los 200 salarios básicos unificados (USD. 78.800,00 para el año 2019), la pena será de 10 a 13 años de privación de libertad, mientras que cuando el monto sea inferior a los 100 salarios básicos unificados la pena privativa de libertad será de 1 a 3 años. En este caso último se denota, más allá de la agravante específica del tipo penal, una falta de racionalidad y de proporcionalidad entre los dos escenarios planteados.

Al respecto, el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal establece lo siguiente:

**Artículo 44.-** Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.

Si se analiza la cantidad de circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 45 frente a las agravantes establecidas en el artículo 47 del COIP, claramente se puede vislumbrar un desbalance a favor de las que pretenden agravar la pena en comparación con las que podrían reducirla, de este modo se verifica la política represiva que mantiene la normativa penal vigente.

Esto también se comprueba cuando según el legislador para que la pena pueda reducirse debe existir al menos dos atenuantes y ninguna agravante, mientras que para que se pueda aumentar únicamente se necesita de al menos una agravante, cuestión que es muy probable que suceda por la gran cantidad de situaciones contempladas para dicho fin.

En este sentido, Ramiro Ávila manifiesta que “la tendencia punitivista se refleja también en las circunstancias agravantes. Esto quiere decir que, ante un hecho criminal, que merece una pena determinada hay que aumentar la pena porque se producen

situaciones que, a criterio del legislador, debe empeorar la pena. Las atenuantes, por el contrario, son las situaciones que hacen bajar la pena. En el COIP las atenuantes son solo seis; en el Código penal derogado eran doce. Las agravantes son diecinueve (art.47) y si a estas se les agrega las relativas a integridad sexual, que son nueve (art. 48), tenemos un total de veintiocho agravantes; en el Código Penal derogado eran solo cinco.”<sup>49</sup>

Finalmente, se debe considerar de conformidad a estas reglas que la pena privativa de libertad puede sufrir modificaciones. Si se atenúa la pena se reducirá un tercio del mínimo previsto en el tipo penal, mientras que si se agrava la pena se aumentará en un tercio del máximo establecido.

## 8. Resumen de los criterios a adoptar para la cuantificación de la pena

Tabla 1  
Criterios a adoptar para cuantificar penas

En cuanto a la determinación del daño	Reprochabilidad
Según el bien jurídico.	Dependerá del bien jurídico para determinar mayor o menor reprochabilidad y pena. Se tomará en consideración la clasificación realizada por el Código Orgánico Integral Penal.
Delitos dolosos vs. culposos	El delito culposo deberá tener al menos la mitad de la pena mínima del delito doloso, o bien, el máximo de la pena del delito culposo tiene que ser el mínimo de la pena del delito doloso. La calificación del sujeto activo o pasivo modificará la pena.
Tipo penal base vs. Tipo penal agravado.	Por la calificación del sujeto activo o pasivo y por demás circunstancias que complementan al tipo penal, la pena deberá agravarse, por lo tanto, es ilógico que un tipo penal que agrava las circunstancias del genérico pueda tener menos pena que el tipo penal base.
Según el grado de participación: Autoría vs. Complicidad.	Según el artículo 43 del COIP el cómplice tendrá 1/3 de la pena para el autor.
Delitos de resultado vs. delitos de peligro	Todos los delitos de daños deben tener mayor reprochabilidad, y, por lo tanto, mayor pena privativa de libertad que un delito de peligro que atente al mismo bien jurídico.
Tentativa vs. Delito consumado	Según el artículo 39 del COIP la pena de la tentativa será de 1/3 a 2/3 de la pena del delito consumado.
Atenuantes vs. Agravantes	Aunque el COIP es un texto sumamente punitivista, que no guarda relación con la visión del autor, seguiremos lo establecido en el art. 44 del COIP, es decir si existen dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante se impondrá el mínimo de la pena reducida en un 1/3. Si existe al menos una agravante se impondrá el máximo de la pena agravada en un tercio.

Fuente y elaboración propias

<sup>49</sup> Ramiro Ávila, *El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista* en Ramiro Ávila, compilador, *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 25-6.



## Capítulo tercero

### Análisis de la proporcionalidad del Código Orgánico Integral Penal

A continuación, escogeré distintos tipos penales de 10 bienes jurídicos contemplados en el COIP a fin de analizar cómo se los califica, cuánta pena se les otorga y cómo debería ser su cuantificación una vez que se ha adoptado los criterios mínimos y básicos propuestos en el presente trabajo a fin de instaurar cierta coherencia en la normativa sustantiva penal.

#### 1. Delitos contra la dignidad humana

Tabla 2  
Delitos contra la dignidad humana

BIEN JURÍDICO DIGNIDAD HUMANA			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Genocidio <b>Art. 79</b>	Doloso/resultado	26-30 años
2	Etnocidio <b>Art. 80</b>	Doloso/resultado	16-19 años
3	Exterminio <b>Art. 81</b>	Doloso/resultado	26-30 años
4	Esclavitud <b>Art. 82</b>	Doloso/resultado	22-26 años
5	Desaparición forzada <b>Art.83</b>	Doloso/resultado	22-26 años
6	Ejecución extrajudicial <b>Art. 85</b>	Doloso/resultado	22-26 años
7	Persecución <b>Art. 86</b>	Doloso/resultado	26-30 años
8	Apartheid <b>Art. 87</b>	Doloso/resultado	26-30 años
9	Agresión <b>Art. 88</b>	Doloso/resultado	26-30 años

Fuente y elaboración propias

Al haber suscrito y ratificado el Ecuador el Estatuto de Roma y sus Protocolos, adquirió el compromiso de acoplar su legislación a lo dispuesto por el mismo y no crear normas que le sean contrarias. El Estatuto básicamente crea la Corte Penal Internacional

y establece su ámbito de competencia en el juzgamiento de los siguientes delitos: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. Por lo que, siguiendo lo establecido por el Estatuto en cuanto a las responsabilidades de los Estados, dentro de la normativa penal se tenía que necesariamente incluir estos delitos, razón por la cual se creó las tipificaciones de los delitos de graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, dentro de estos tipos penales tampoco existe la debida proporcionalidad, no toda violación a la dignidad humana debe tener la misma pena, es decir, mientras existen tipos penales cuya conducta sancionada es la destrucción total o parcial de un grupo social determinado, en otros se condena la disgregación, el ataque, la negación de derechos sin causar la muerte, por lo que existen diferentes grados de lesividad, lo cual necesariamente debe conllevar a que también se genere distintos grados de represión punitiva.

Ahora bien, el bien jurídico protegido dentro de estos delitos es la dignidad humana como máxima representación de la condición de vida de una persona. Se entiende por dignidad como:

[...] la autodisponibilidad, esto es, actuar sin interferencias o impedimentos externos, realizando <las posibilidades de actuación>; y por otro, implica la <autodeterminación>, que tiene que ver <con la libre proyección histórica de la razón humana> (...) Pero además, dicha dignidad se predica de todo ser humano, cualquiera que sea la condición física, psíquica y social en que se encuentre, por ello basta una <capacidad abstracta y potencial> del ser humano para realizarse como tal en la medida de sus <posibilidades>, pero también le son consustanciales todas <sus imperfecciones e insuficiencias>, máximas necesarias de tener en cuenta en tanto juegan como contrapartidas del juicio de culpabilidad como reproche. Por ello ha dicho Bustos Ramírez que el <Derecho Penal ha de constituirse desde el principio constitucional de la dignidad de la persona, de su reconocimiento como ente autónomo frente al Estado, cualesquiera que sean sus condiciones y características>”<sup>50</sup>

Teniendo en consideración la conceptualización del bien jurídico, se debe entender que los delitos que afectan a la dignidad humana son los delitos que revisten mayor gravedad y, por lo tanto, que deben tener las penas privativas de libertad más altas.

Entrando al análisis de los tipos penales escogidos, el delito más grave es el genocidio cuya pena de igual manera es la más alta dentro del Código Orgánico Integral Penal (26-30 años), sin embargo, hay que resaltar que dicha pena también la tienen los

---

<sup>50</sup> Carlos Gómez, *La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho Penal*. Accedido el 14 de enero de 2019, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3074/2841>

delitos de persecución, apartheid y agresión, cuya afectación no consiste en la intención de destruir o exterminar total o parcialmente a un grupo social. Es decir, si bien son delitos que tienen como objetivo violentar o privar de derechos a un colectivo de personas, su finalidad como tal no es la matanza de los mismos, por lo tanto, la supervivencia de este grupo social no corre peligro, aunque las condiciones de vida ciertamente sean degradantes. Por su parte, en el delito de agresión existen modalidades de conducta (planificación, preparación, iniciación de un ataque contra la integridad territorial o independencia política) que lo transforman en un delito de peligro, por lo que necesariamente la pena de estos verbos rectores se vuelve exagerada frente al posible daño que podría generar.

El delito de genocidio tiene dos elementos subjetivos independientes: uno general, que podría denominarse <intención general> o dolo, y uno adicional concretando en la <intención de destruir>. La intención general normalmente hace referencia a todos los elementos objetivos en la definición del delito (*actus reus*) y ha sido definida en el Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) por el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), de modo que básicamente abarca un elemento volitivo (intención) y/o uno cognitivo o intelectual (conocimiento). En el caso del genocidio, la intención general se refiere al encabezamiento del delito, así como a la lista de actos típicos dirigidos contra uno de los grupos protegidos (...) Por el contrario, <la intención de destruir> constituye un requisito subjetivo adicional, que complementa a la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito. En consecuencia, debería hablarse más precisamente de intención ulterior (exceso de intención), caracterizada por un elemento subjetivo ampliado –con relación al *actus reus*– o una tendencia interna trascendente.<sup>51</sup>

Por ser el genocidio la forma más cruel y extrema de persecución y ataque a la dignidad humana, su distinción en el Derecho Penal debe ser distinta frente a los demás crímenes de lesa humanidad o que atenten gravemente los derechos humanos, por lo tanto, la pena de los demás delitos que no tengan como objetivo dar muerte a un grupo social dentro de un ataque sistemático y generalizado, debe ser necesariamente inferior.

Otro error existente entre estos delitos, es que el tipo penal de esclavitud tiene la misma pena que los delitos de desaparición forzada y ejecución extrajudicial, cuando la consecuencia de este último tiene que ver con la pérdida de vida de otra persona, mientras que el delito de esclavitud hace referencia a la pérdida de autodeterminación por el cual una persona es sometida a otra, quien ejerce los poderes y potestades que le da el derecho de propiedad, consecuentemente, se cosifica al ser humano, tratándolo como un objeto.

---

<sup>51</sup> Kai Ambos, “¿Qué significa la intención de destruir en el delito de genocidio” en *Ensayos actuales sobre Derecho penal Internacional y Europeo* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012), 169-171.

Bajo el parámetro del daño, no se puede considerar equivalente la afectación total de la vida la pérdida de libertad y voluntad sobre los actos y decisiones. Sin lo primero, no hay ejercicio de la libertad y de los demás derechos que se pueden ejercer, por lo tanto, la pena del delito de esclavitud debe necesariamente disminuir.

Por estas consideraciones, la gradualidad de las penas debería ser la siguiente:

Tabla 3  
**Delitos contra la dignidad humana**

BIEN JURÍDICO DIGNIDAD HUMANA		
DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1 Genocidio <b>Art. 79</b>	Doloso/resultado	26-30 años
2 Etnocidio <b>Art. 80</b>	Doloso/resultado	16-19 años
3 Exterminio <b>Art. 81</b>	Doloso/resultado	26-30 años
4 Esclavitud <b>Art. 82</b>	Doloso/resultado	<del>22-26 años</del>
5 Desaparición forzada <b>Art. 83</b>	Doloso/resultado	22-26 años
6 Ejecución extrajudicial <b>Art. 85</b>	Doloso/resultado	22-26 años
7 Persecución <b>Art. 86</b>	Doloso/resultado	<del>26-30 años</del>
8 Apartheid <b>Art. 87</b>	Doloso/resultado	<del>26-30 años</del>
9 Agresión <b>Art. 88</b>	Doloso/resultado	<del>26-30 años</del>
No pueden tener la misma pena de Genocidio y Exterminio por cuanto la lesividad y los elementos de los tipos penales difieren		
Al ser un tipo penal que no tiene como consecuencia la muerte de una persona, no puede tener la misma pena que la Ejecución extrajudicial		

Fuente y elaboración propias



## 2. Delitos contra la vida

Tabla 4  
Delitos contra la vida

BIEN JURÍDICO VIDA			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Homicidio agravado (Asesinato) <b>Art. 140</b>	Doloso/resultado	22-26 años
2	Homicidio. <b>Art. 144</b>	Doloso/resultado	10-13 años
3	Homicidio culposo. <b>Art. 145</b>	Culposo/resultado	3-5 años
4	Homicidio por mala práctica profesional. <b>Art. 146</b>	Culposo/resultado	1-3 años
5	Aborto con muerte <b>Art. 147</b>	Doloso/resultado	7-10 años 13-16 años
6	Aborto no consentido <b>Art. 148</b>	Doloso/resultado	5-7 años.
7	Homicidio por accidente de tránsito <b>Art. 377</b>	Culposo/resultado	1-3 años 3-5 años

Fuente y elaboración propias

En los tipos penales contra la vida existen serias incongruencias. Si el homicidio es culposo, es decir, no interviene el aspecto volitivo y cognitivo para provocar el daño alcanzado, que en este caso es la muerte de una persona, cómo es posible que difiera la pena del homicidio culposo base (3-5 años), con el homicidio culposo por mala práctica profesional (1-3 años), que debería ser un tipo penal agravado por la calificación del sujeto activo, o al menos debería tener la misma pena que el delito base. En el mismo sentido, la pena del homicidio culposo por mala práctica profesional difiere a la del tipo penal de muerte por accidente de tránsito (3-5 años), que resulta ser de igual manera un homicidio culposo, es más, me parece que reviste una conducta de mayor gravedad el hecho de que un profesional de la salud por negligencia o impericia provoque la muerte de su paciente por haber contravenido o inaplicado leyes, reglamentos, lex artis o reglas técnicas inherentes a su profesión. Al final de cuentas, el médico estaba en la posición de garante sobre la vida e integridad de una persona, mientras que en el resto de casos únicamente se requiere la falta de intención sobre la producción del resultado.

Si hay un sujeto activo calificado, el reproche tiene que aumentar por las características y determinaciones que el sujeto debe tener para cometer el delito, no disminuir como sucede con el tipo penal de mala práctica profesional. Por último, en el peor de los casos, la consecuencia punitiva debería ser la misma a la del homicidio culposo, en vista de que los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal se cumplen de la misma forma en los dos tipos penales, no es que uno fue más culposo que otro por tratarse de un profesional de la salud, eso jurídicamente hablando no existe. Los dos son tipos penales culposos con resultado muerte y que atentan al bien jurídico “vida”, por lo tanto, la pena privativa de libertad, al menos debería ser igual.

Por otro lado, no se entiende por qué el tipo penal de aborto no consentido (art. 148 COIP) tiene una pena bastante inferior a la del homicidio (5 a 7 años), cuando se trata de un delito que atenta contra la vida, en el que el sujeto activo con conocimiento y voluntad provoca el aborto y muerte del feto sin que la mujer haya consentido en ello, consecuentemente, este tipo penal no debería tener la mitad de la pena del delito antes referido. Si el homicidio tiene una pena de 10-13 años, este tipo penal debería tener el mismo rango de pena o al menos una aproximada en vista de la distinción que se podría hacer entre la vida fetal y la vida humana independiente, no obstante, si el Estado va a proteger la vida desde la concepción, la persona que provoca dolosamente un aborto no consentido debería tener una consecuencia jurídica similar de la que provoca un homicidio.

“La modalidad más grave de aborto prevista en el Código es el producido sin el consentimiento de la mujer o el que se somete cuando dicho consentimiento se obtiene mediante violencia, amenaza o engaño. En estos casos no sólo se atenta contra la vida humana en formación, sino también contra la libertad y dignidad de la mujer embarazada.”<sup>52</sup>

Asimismo, el tipo penal de aborto con muerte (art. 147 COIP) establece una pena de 7 a 10 años si los medios empleados para hacer abortar a una mujer le causan la muerte a ésta, siempre que haya consentido en el aborto, y de 13 a 16 años si no lo consintió; sin embargo, las penas establecidas de igual manera difieren a las determinadas en el delito de homicidio agravado y en el del homicidio culposo agravado, cuando se cumplen exactamente las mismas condiciones, es decir, en el primer caso no existe la intención de matar a la madre, razón por la cual, no podría tener la misma reprochabilidad de un delito

---

<sup>52</sup> David Felip, “El aborto”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. Jesús-María Silva, (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018), 61-62

doloso, ni una pena equivalente; mientras que por otro lado, la circunstancia que establece la pena más grave, se trata de un delito que contiene todas las características del tipo de asesinato, es decir, es una conducta dolosa que produce la muerte de la madre, adicionando que el sujeto activo tenía pleno conocimiento de que se encontraba embarazada, consecuentemente, no se entiende cuáles fueron los argumentos por los que el legislador impuso, en este caso, un rango de pena nuevo que no contemplaba ningún tipo penal de los delitos contra la vida.

Tabla 5  
**Delitos contra la vida**

Delitos contra la vida			
BIEN JURÍDICO VIDA			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Homicidio agravado (Asesinato) Art. 140	Doloso/resultado	22-26 años
2	Homicidio. Art. 144	Doloso/resultado	10-13 años
3	Homicidio culposo. Art. 145	Culposo/resultado	3-5 años
4	Homicidio por mala práctica profesional. Art. 146	Culposo/resultado	1-3 años
5	Aborto con muerte Art. 147	Doloso/resultado	7-10 años 13-16 años
6	Aborto no consentido Art. 148	Doloso/resultado	5-7 años.
7	Homicidio por accidente de tránsito Art. 377	Culposo/resultado	1-3 años 3-5 años

Fuente y elaboración propias

Bajo estas premisas, el tipo penal de aborto con muerte que tuvo el consentimiento de la madre, al producirse este resultado de manera culposa, debería tener la misma consecuencia jurídica que ha establecido el legislador para esta clase de delitos dentro de este capítulo. Pensemos en aquella madre que se realizó un aborto con un médico y producto de su infracción al deber objetivo de cuidado, produjo su muerte, sería el mismo hecho de un homicidio culposo, tomando en consideración aún más que el aborto no

debería ser penalizado. En cuanto a la otra consideración establecida en el tipo penal, la descripción fáctica difiere absolutamente de la anterior, debido a que se trata de producir voluntariamente la muerte de la madre, y tras esta del feto, de tal forma que debería tener la misma reprochabilidad que el asesinato.

Y finalmente, por cuanto este trabajo pretende tener una rigurosidad técnica, se debe decir que la pena del asesinato no tiene mayor sentido si la comparamos con la del delito de genocidio. No puede ser que un tipo penal que se entiende de menor daño respecto a los efectos producidos por la intención de destruir un grupo social, pueda tener una diferencia de 3 años en cuanto a la pena base. Consecuentemente, el legislador debería, o reducir la pena del asesinato, o incrementar la del genocidio, pero no es proporcional la diferencia de penas entre uno y otro delito, cuando existen enormes diferencias en cuanto a los resultados.

En la aplicación de los preceptos planteados se generarían los siguientes cambios:

Tabla 6  
**Delitos contra la vida**

BIEN JURÍDICO VIDA			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Homicidio agravado (Asesinato) <b>Art. 140</b>	Doloso/resultado	22-26 años
2	Homicidio. <b>Art. 144</b>	Doloso/resultado	10-13 años
3	Aborto con muerte <b>Art. 147</b>	Doloso/resultado	<del>7-10 años</del> <del>13-16 años</del>
4	Aborto no consentido <b>Art. 148</b>	Doloso/resultado	<del>5-7 años</del>
5	Homicidio culposo. <b>Art. 145</b>	Culposo/resultado	3-5 años
6	Homicidio por mala práctica profesional. <b>Art. 146</b>	Culposo/resultado	
7	Homicidio por accidente de tránsito <b>Art. 377</b>	Culposo/resultado	

El tipo penal de aborto con resultado muerte y con consentimiento debe tener la misma pena que el homicidio culposo agravado

Fuente y elaboración propias

### 3. Delitos contra la integridad sexual

Tabla 7  
**Delitos contra la integridad sexual**

BIEN JURÍDICO INTEGRIDAD SEXUAL			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Inseminación no consentida <b>Art. 164</b>	Doloso/resultado	5-7 años
2	Privación forzada de capacidad de reproducción <b>Art. 165</b>	Doloso/resultado	7-10 años
3	Acoso sexual <b>Art. 166</b>	Doloso/peligro	1-3 años
4	Estupro <b>Art. 167</b>	Doloso/resultado	1-3 años
5	Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes <b>Art. 168</b>	Doloso/peligro	1-3 años
6	Corrupción de niñas, niños y adolescentes <b>Art. 169</b>	Doloso/peligro	3-5 años
7	Abuso sexual <b>Art. 170</b>	Doloso/resultado	3-5 años
8	Violación <b>Art. 171</b>	Doloso/resultado	19-22 años
9	Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual <b>Art. 172</b>	Doloso/resultado	5-7 años
10	Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos <b>Art. 174</b>	Doloso/peligro	7-10 años

Fuente y elaboración propias

Al analizar los delitos contra la integridad sexual podemos establecer una falta total de coherencia punitiva en el COIP si los enfrentamos a otros delitos cuyos bienes jurídicos son de menor relevancia pero que tienen penas superiores a la gran mayoría de los delitos de resultado que atentan la integridad sexual.

Si bien los delitos en los que se emplea la violencia e intimidación son los que revisten un grado de afectación más grave, existen otros tipos en los cuales su carácter degradante y vejatorio suponen un serio riesgo para la integridad sexual de la víctima, razón por la cual el Derecho Penal debe intervenir.

El tipo penal de estupro, que es un delito de resultado, no puede tener la misma pena que algunos delitos de peligro como el acoso sexual o la distribución de material

pornográfico a menores de edad. En el estupro se configura la relación sexual mediante engaños, mientras que en el acoso, el verbo rector es solicitar algún acto de naturaleza sexual en medio de una relación de subordinación entre víctima y victimario, es decir, no es necesario que se perpetre el acto sexual, por lo tanto, no se requiere que el daño se produzca efectivamente. Lo mismo sucede con la entrega de material pornográfico a menores de edad, en el que no se violenta la integridad sexual del menor, simplemente se pretende evitar su contacto con este tipo de contenidos que no son aptos para el desarrollo de su edad.

No obstante, si bien el estupro se comete a través de una modalidad de engaño mientras que el acoso sexual se lo realiza por medio de amenazas, las consecuencias son distintas en cuanto al grado de afectación sobre el bien jurídico protegido, razón por la cual, en el estupro al consumarse la relación sexual como resultado, tiene que tener una pena superior al mero peligro que representa el acoso sexual.

El mismo criterio tiene que ser utilizado para el manejo de las penas entre los delitos de corrupción de niñas, niños y adolescentes frente el abuso sexual, ambos delitos tienen la misma pena privativa de libertad (3-5 años), sin embargo, tienen distintos grados de vulneración. En el delito de corrupción lo que se castiga es la permisón de menores de edad en prostíbulos o lugares donde se exhiba pornografía, con lo cual, no es que la integridad sexual se ve alterada, sino que lo que se busca es no perturbar ni contaminar al menor de edad en sitios que no son los adecuados para que un menor se encuentre y se desenvuelva, por lo tanto, estamos frente a un delito de peligro abstracto.

Por otra parte, el delito de abuso sexual es un delito de resultado en vista de que el sujeto activo, sin que medie consentimiento, ejecuta actos de naturaleza sexual en contra de otra persona.

Eliminada la violencia o intimidación, que supondría un delito de agresiones sexuales, habrá que entender que la acción consiste en contactos con el cuerpo de la víctima con fines libidinosos sin que aquella sea consciente, como en el caso del médico que abusa en un examen sobre el cuerpo del paciente, masajistas que realizan su función abusando del otro, etc. También se incluyen en la conducta típica otras formas de contactos sin que la víctima lo espere y sin tiempo a reaccionar, es decir, las realizadas por sorpresa o descuido de la víctima, que en caso de ser aceptadas libremente la conducta del autor sería atípica. Se trata de abusos por sorpresa.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Alfonso Serrano G., Alfonso Serrano M., María Serrano, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial* (Madrid, Editorial Dykinson, 2015), 147.

En este delito existe el resultado de violentar la integridad sexual de una persona, al invadir su cuerpo sin su consentimiento, por lo tanto, existe un daño concreto, este factor es determinante, a fin de establecer que su pena debe ser superior con respecto al análisis del tipo penal de corrupción de menores.

Otro error escandaloso existente en este capítulo es lo establecido en el tipo penal de oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (art. 174 COIP) el cual tiene una pena alta de 7 a 10 años, no obstante, se trata de un delito de peligro abstracto frente al bien jurídico, por cuanto se “oferta” y no se ejecuta ningún servicio sexual, es decir, puede ser que una persona publique una foto de un menor de edad en una página web con la finalidad de publicitar una actividad de índole sexual, sin embargo, nunca se llega a consumir, y por lo tanto, a la final no se lesiona su integridad sexual. Por esta razón, es desproporcional que este delito tenga mucha mayor pena que otros delitos de resultado que sí afectan el bien jurídico protegido, como por ejemplo el estupro, abuso sexual, la exhibición pública de menores de edad; así como también es absurdo que pueda tener la misma pena que el delito de privación forzada de capacidad de reproducción (art. 165 COIP), cuyo grado de afectación a la integridad sexual es total, al suprimirse la posibilidad de reproducción biológica que tiene una persona.

Con respecto al delito de violación, aunque creo que es un delito deleznable cuya consecuencia jurídica debe ser una de las más fuertes dentro de la escala punitiva, por todo el daño físico y psicológico que le genera a la víctima, este trabajo tiene como misión ser técnico en cuanto a los parámetros para establecer las penas privativas de libertad, consecuentemente, tomando en consideración los criterios del bien jurídico y del daño provocado, no puede determinarse como proporcional que la sanción del delito de violación sea de 19 a 22 años, mientras que el delito de homicidio, cuya consecuencia es la muerte de otra persona, tenga una pena inferior de 10 a 13 años. Lo coherente entonces, es que la pena del homicidio se incremente y la pena del delito de violación sea simplemente menor a ésta.

Para finalizar, lo que si cabe mencionar, como un criterio general, es que todos estos delitos tienen una relevancia sumamente mayor a distintos delitos de otros bienes jurídicos, por ejemplo los delitos contra la propiedad, los cuales los podríamos catalogar como de menor importancia frente a los que vulneran la integridad sexual, no obstante, varios de ellos, incluyendo, el robo, estafa, y hasta el abuso de confianza, tienen penas iguales o mayores que algunos que afectan gravemente la integridad sexual,

evidenciándose la falta de sustento técnico a la hora de establecer el catálogo de penas privativas de libertad.

Tabla 8  
Delitos contra la integridad sexual

BIEN JURÍDICO INTEGRIDAD SEXUAL			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Inseminación no consentida <b>Art. 164</b>	Doloso/resultado	5-7 años
2	Privación forzada de capacidad de reproducción <b>Art. 165</b>	Doloso/resultado	7-10 años
3	Acoso sexual <b>Art. 166</b>	Doloso/peligro	<del>1-3 años</del>
4	Estupro <b>Art. 167</b>	Doloso/resultado	1-3 años
5	Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes <b>Art. 168</b>	Doloso/peligro	<del>1-3 años</del>
6	Corrupción de niñas, niños y adolescentes <b>Art. 169</b>	Doloso/peligro	<del>2-5 años</del>
7	Abuso sexual <b>Art. 170</b>	Doloso/resultado	3-5 años
8	Violación <b>Art. 171</b>	Doloso/resultado	<del>10-22 años</del>
9	Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual <b>Art. 172</b>	Doloso/resultado	5-7 años
10	Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos <b>Art. 174</b>	Doloso/peligro	<del>7-10 años</del>
Los delitos de peligro, no pueden tener la misma pena que un delito de resultado, ya que el bien jurídico protegido no se afecta realmente			
No puede determinarse como proporcional que la pena de Violación sea más alta que la pena de un delito contra la vida como el Homicidio			

Fuente y elaboración propias



#### 4. Delitos contra la propiedad

Tabla 9  
**Delitos contra la propiedad**

BIEN JURIDICO PROPIEDAD		
DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1 Extorsión. <b>Art. 185</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
2 Estafa. <b>Art. 186</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
3 Abuso de confianza <b>Art. 187</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
4 Robo. <b>Art. 189</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
5 Reprogramación de terminales móviles. <b>Art. 191</b>	Doloso/Peligro	1-3 años
6 Hurto. <b>Art. 196</b>	Doloso/Resultado	6 meses a 2 años.

Fuente y elaboración propias

Partiendo de la consideración que según el COIP el aborto no consentido (provocarle el aborto a una mujer que no ha consentido en ello) tiene una pena privativa de libertad de 5 a 7 años, y es un delito que atenta a un bien jurídico de mayor importancia y cuidado, como la vida, es incoherente que tengan la misma pena el delito de estafa y el robo, delitos de menor daño y cuyo bien jurídico de igual manera es sustancialmente menos importante.

Asimismo, la estafa que es un delito que se produce bajo una modalidad de engaño, es decir, no se ejerce con violencia, no debería tener la misma pena que el robo, como efectivamente sucede en el COIP, el cual necesariamente dentro de las características objetivas del tipo penal incluye a las amenazas o violencia. El factor violencia debe ser un presupuesto que incremente el reproche y la pena, por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan en el sujeto pasivo del delito, además de la afectación inherente que se produce sobre el bien jurídico. Por lo tanto, todo delito violento debe tener una pena privativa superior a los delitos que se producen por el engaño o sin violencia o intimidación.

Hay que analizar bien la pena tanto del robo como de la estafa, no es posible que tengan una pena alta como ésta. No puede tener igual pena robarse un celular de 300 dólares que defraudar al fisco en 5 millones de dólares mediante la presentación de comprobantes de ventas falsos (art. 298 #13 COIP), es más, ésta última conducta esta

sancionada con una pena de 3-5 años, inferior a la del robo. Históricamente los tipos penales contra la propiedad han sido fuertemente castigados y hasta en muchas ocasiones su ámbito de protección ha sido superior al de otros bienes jurídicos más relevantes para los intereses sociales, esto seguramente es producto de un sistema socio-económico que protege al capital como un supremo valor dentro de la sociedad, y al ser el estereotipo de delincuente “normal” el que afecta a la propiedad privada, es el principal cliente del sistema penal y el principal visitante de las cárceles del país.

¿Quiénes están sometidos al sistema penal y encerrados en sus cárceles? Hay muchas fuentes para contestar esta pregunta. El sentido común es una de ellas, que suele ser muy útil la mayoría de las veces, aunque a veces atrofiado por los medios de comunicación. Cuando alguien se imagina las personas que entran, permanecen o salen del sistema penal, inmediatamente se representa al malo de la calle, de acuerdo con nuestros estereotipos: personas pertenecientes a grupos marginales, pobres, en su mayoría hombres, afro descendientes, jóvenes y mal encarados. A estos los vemos en los periódicos, en los noticieros y muchas veces les identificamos como nuestros agresores. Nuestro estereotipo suele coincidir con el de la policía, fiscales y jueces. Efectivamente, ellos están en las cárceles. Esto no significa que personas de otras características o clases sociales no puedan entrar en el sistema penal, sino que simplemente son la minoría que entra al sistema por razones distintas a las que explican la exclusión social.<sup>54</sup>

Tabla 10  
**Delitos contra la propiedad**

BIEN JURIDICO PROPIEDAD			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Extorsión. Art. 185	Doloso/Resultado	3-5 años
2	Estafa. Art. 186	Doloso/Resultado	5-7 años
3	Abuso de confianza Art. 187	Doloso/Resultado	1-3 años
4	Robo. Art. 189	Doloso/Resultado	5-7 años
5	Reprogramación de terminales móviles. Art. 191	Doloso/Peligro	1-3 años
6	Hurto. Art. 196	Doloso/Resultado	6 meses a 2 años.

Fuente y elaboración propias

<sup>54</sup> Ramiro Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 133.

En todos los delitos contra la propiedad debe existir una escala que regule la pena según el valor del perjuicio. La reforma penal del año 2010 que bajo el discurso conservador de la “impunidad” eliminó como contravención al robo cuya cuantía era inferior a las 3 remuneraciones básicas (lo cual podía ser revisado), dejándolo exclusivamente al robo como delito sin importar la cuantía del bien sustraído y la afectación al bien jurídico protegido, provocó un serio aumento de la tasa de encarcelamiento del país. Con la contrarreforma del año 2010 que tenía como finalidad agravar el juzgamiento de los delitos de propiedad, los resultados fueron desoladores:

En menos de cuatro años, la tasa por 100.000 habitantes se incrementó de 78 (2009) a 166 (2016), es decir, más del 100%. Entre 2009 y 2016 se incrementó más de 17.000 personas privadas de la libertad. Mediante la contrarreforma de 2010, la selectividad penal enfatiza la persecución de los eslabones más débiles de la sociedad, priorizando el castigo de los grupos marginalizados. Habían quedado en el aire interrogantes como: ¿encerrando a los pequeños infractores contra la propiedad se garantiza la seguridad ciudadana?, ¿se aplicaron los criterios de proporcionalidad para su determinación legal?, ¿hubo una nueva pena creada con justicia?<sup>55</sup>

Por otro lado, otro de los tipos penales escogidos dentro de este bien jurídico protegido es la reprogramación de terminales móviles que tiene una pena de 1-3 años, misma pena del abuso de confianza, no obstante, éste último es un delito de resultado mientras que el de reprogramación es un delito de peligro con respecto al bien jurídico, por lo tanto, no podrían tener la misma pena privativa de libertad. La reprogramación de la información de un terminal móvil no afecta *per se* al bien jurídico propiedad, ésta ya fue afectada anteriormente por un robo, hurto o cualquiera de las modalidades de apropiación, consecuentemente, este tipo penal no debería ni estar considerado dentro de este bien jurídico sino al entenderse como un encubrimiento debería encasillarse dentro de la tutela judicial efectiva.

Por estas consideraciones, la gradualidad de las penas debería ser la siguiente:

---

<sup>55</sup> Defensoría Pública del Ecuador, *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (Para constitucionalizar la justicia penal)* (Quito: Revista Defensa y Justicia, No. 27), 13.

Tabla 11  
Delitos contra la propiedad

BIEN JURÍDICO PROPIEDAD			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Extorsión. <b>Art. 185</b>	Doloso/Resultado	Igual robo
2	Robo. <b>Art. 189</b>	Doloso/Resultado	5-7 años ↓
3	Estafa. <b>Art. 186</b>	Doloso/Resultado	5-7 años ↓
4	Abuso de confianza <b>Art. 187</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
5	Hurto. <b>Art. 196</b>	Doloso/Resultado	6 meses a 2 años.
6	Hurto. <b>Art. 196</b>	Doloso/daño	6 meses a 2 años.

Fuente y elaboración propias

## 5. Delitos contra la salud

Tabla 12  
Delitos contra la salud

BIEN JURÍDICO SALUD			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Manipulación genética Art. 214	Doloso/Resultado	3-5 años
2	Daño permanente a la salud. Art. 215	Doloso/Resultado	7-10 años
3	Comercialización medicamentos caducados. Art. 217	Doloso/peligro	6 meses-2 años
4	Desatención del servicio de salud Art. 218	Doloso/peligro	1-3 años
5	Desatención del servicio de salud con muerte (paratipo penal)	Doloso/Resultado	13-16 años
6	Producción de sustancias estupefacientes. Art. 219	Doloso/peligro	7-10 años
7	Tráfico ilegal de sustancias estupefacientes. Art. 220 (alta escala)	Doloso/peligro	5-7 años

Fuente y elaboración propias

Dentro de este bien jurídico la gran mayoría de delitos son de peligro, lo cual necesariamente en la escala de reprochabilidad tiene que generar un efecto menor en comparación a los que el daño es el resultado como tal exigido en el tipo penal. No obstante, hay que resaltar que los delitos relacionados a la producción y tráfico de sustancias estupefacientes se encuentran contemplados en este capítulo, lo cual ya de por sí es un error en cierta manera.

Una salud pública que se quiere proteger, no sólo mediante el castigo de todos los posibles eslabones de la <cadena productiva> de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino mediante la sanción también de cualquier otra conducta que <de otro modo promueva, favorezca o faciliten su consumo ilegal o la posesión con aquellos fines>. Una fórmula abstracta contraria a los principios de seguridad y taxatividad, que se complica sobremanera con la configuración del delito de drogas como un delito de peligro abstracto (no se necesita demostrar que en el caso concreto se pone en riesgo la salud de una o varias personas) y que además se castiga con penas absolutamente desproporcionadas.<sup>56</sup>

Si la salud pública es un bien jurídico supraindividual o colectivo, la conducta típica debería lesionar o poner en peligro a una comunidad de individuos, por cuanto la titularidad de estos bienes es compartida por una generalidad de personas, ahora bien, la venta de una determinada cantidad de droga a una persona que es consumidor, no podría poner ni remotamente en peligro a la salud colectiva, así fuera que ésta persona promoviese el consumo entre sus seres más cercanos, caso contrario, censuremos las películas donde se divulguen escenas de consumo, documentales y demás medios que pueden representar una posibilidad peligrosa de difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población. Este argumento no es coherente y en definitiva se está sancionando la simple desobediencia de la norma creada por el legislador.

El tipo penal de producción de sustancias estupefacientes tiene una pena establecida de 7 a 10 años, sea que se produzca un kilo o 200 toneladas, lo cual es incoherente e ilógico, este tipo penal debe estar regulado por escalas del mismo modo que el tipo penal de tráfico. Ahora bien, producir 50 gramos de cocaína tendrá una pena de 7 a 10 años, mientras que traficar 2.000 gramos de cocaína tendrá una pena 5 a 7 años, esto tampoco tiene sentido, por esta razón debería tener la misma regulación, la producción que el tráfico en cuanto a la escala.

---

<sup>56</sup> Nieves Sanz, *Política Criminal*, 2ª edición, (Salamanca, Ratio Legis, 2017) 231.

¿Qué es lo que verdaderamente se busca enfrentar y atacar con estos tipos penales de drogas? Al narcotráfico, al crimen organizado, a la gran producción y venta de drogas; entonces, no es posible que los tipos penales de producción, tráfico (cierta escala) y organización o financiamiento para la producción de sustancias estupefacientes se encuentren dentro del bien jurídico “salud”, porque no es lo que se busca proteger, por lo tanto, según mi criterio estos tipos penales deben estar dentro del capítulo “Delitos contra la seguridad del Estado”.

Tabla 13  
**Delitos contra la salud**

BIEN JURÍDICO SALUD			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Manipulación genética Art. 214	Doloso/Resultado	3-5 años
2	Daño permanente a la salud. Art. 215	Doloso/Resultado	7-10 años
3	Comercialización medicamentos caducados. Art. 217	Doloso/peligro	6 meses-2 años
4	Desatención del servicio de salud Art. 218	Doloso/peligro	1-3 años
5	Desatención del servicio de salud con muerte (paratipo penal)	Doloso/Resultado	13-16 años
6	Producción de sustancias estupefacientes. Art. 219	Doloso/peligro	7-10 años
7	Tráfico ilegal de sustancias estupefacientes. Art. 220 (alta escala)	Doloso/peligro	5-7 años

Pena graduada según escalas

Fuente y elaboración propias

Por otro lado, específicamente dentro del tipo penal de tráfico, hay que resaltar que debe ser uno de los peores tipos penales creados en el COIP, puesto que tiene 13 verbos rectores, todos con distintos grados de amenaza/daño/reprochabilidad, pero a la final con la misma pena. No es lo mismo almacenar que distribuir, comprar que transportar, comercializar que tener, intermediar que exportar. Todas estas conductas según nuestro legislador tienen la misma pena, la cual variará únicamente dependiendo

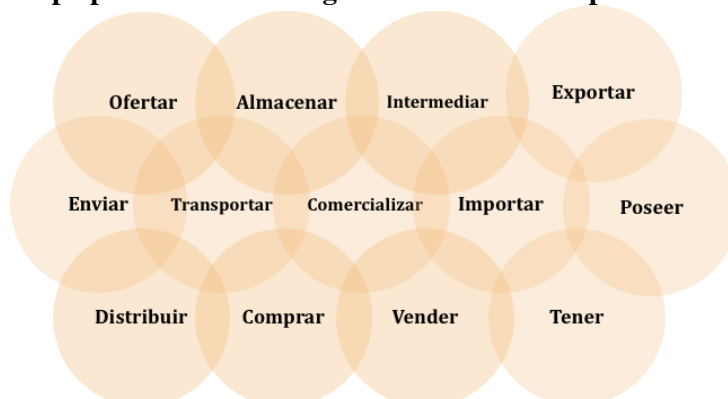
de la cantidad de droga. La solución al respecto es dividir este tipo penal en varios, dependiendo los verbos rectores.

La venta, oferta, exportación y todos los verbos rectores que hagan referencia a la comercialización de sustancias estupefacientes deben tener una pena (la más alta de todas según las escalas), por otra parte, almacenar, transportar o intermediar deben estar en un tipo penal distinto y necesariamente con una pena más baja por cuanto la conducta realizada no genera el mismo daño y su reprochabilidad debe ser menor; y, finalmente, la tenencia y posesión deben encontrarse en un tipo penal separado y de igual manera con una pena inferior. Consecuentemente, al menos de un solo tipo penal se podrían elaborar 3 distintos, logrando así una verdadera gradualidad en el ejercicio del poder punitivo y una mayor proporcionalidad en las penas de los delitos de drogas.

No existe lógica alguna que en el delito denominado “tráfico ilegal de sustancias estupefacientes”, en el cual, lo que efectivamente se pretende sancionar es el gran comercio de drogas provenientes de los grandes carteles, existan verbos rectores que no guardan ninguna relación o sospecha de que se pueda producir un “tráfico”. El “poseer” o “tener” sustancias estupefacientes así sea en escalas menores, pero que hayan sobrepasado los umbrales máximos de tenencia, genera que la frontera entre ser consumidor y delincuente sea muy delgada. Tampoco es lógico que el sistema de administración de justicia, sospeche que una persona que tiene 15 gramos de marihuana es un posible microtraficante, en vista de que la tenencia máxima para esa droga es de 10 gramos según las tablas permitidas. No obstante, esos errores también dependen de los que ejecutan la política penal, los jueces (ciertos jueces), quienes por su falta de preparación, criterio jurídico, análisis o cualquier otro factor, condenan a prisión a pesar de que las cantidades encontradas presumen el consumo y aunque en muchas ocasiones existen pruebas científicas que demuestran ser consumidores habituales. Por el contrario, cuando la cantidad encontrada de sustancias estupefacientes sea muy grande la presunción de intención de tráfico se eleva, lo cual a la final tiene que ser demostrado, y en caso de serlo, esa conducta debe ser sancionada drásticamente.

Para guardar coherencia y proporcionalidad en el juzgamiento de delitos de drogas, a más de la norma o de las tablas, lo más importante es el análisis y motivación de los jueces a la hora de emitir su resolución. Su accionar puede permitir un mayor límite al poder punitivo del Estado y una mayor racionalidad a la hora de decidir sobre a quiénes el Derecho Penal va a intervenir.

Gráfico 1  
**Verbos rectores tipo penal de tráfico ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**



Fuente y elaboración propias

Tabla 14  
**Penas privativas de libertad para sancionar el tráfico según escalas**

Escala	Pena
Mínima	1-3 años
Mediana	3-5 años
Alta	5-7 años
Gran	10-13 años

Fuente y elaboración propias

La doctrina penal no ha llegado a un consenso para encontrar una justificación dogmática convincente respecto de la antijuridicidad material en este tipo de delitos. Los delitos como tenencia o tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no violan el principio de lesividad, es decir no existe un daño cuantificable o mensurable en contra de un bien jurídico de una víctima en concreto. Se ha tratado, por el contrario, de encontrar cierta explicación en la teoría de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se diluye cualquier cuestionamiento posterior, pretendiendo desde la retórica jurídico-penal legitimar lo que es legítimo *prima facie*, es decir, imputar a una acción del presente a hipotéticos o probables resultados del futuro.<sup>57</sup>

Por esta razón, a fin de tratar de dar mayor coherencia y proporcionalidad en el juzgamiento y sanción de los delitos de drogas, dentro del bien jurídico salud, deberían permanecer los tipos penales de producción y tráfico en cuanto a mínima y mediana escala se refiere, ya que los estamos apartando del gran narcotráfico y se entenderían que son dosis menores que en algún modo se podría entender que es para consumo y que afectaría

<sup>57</sup> Jorge Paladines, “El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América”, en *La (des)proporcionalidad de la ley y justicia antidrogas en el Ecuador*, Coord. Jorge Paladines (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2013), 184.



al bien jurídico “salud”, sin dejar de considerar que son delitos de peligro y por lo tanto su pena debe ser la misma que para los demás delitos de peligro que afectan el mismo bien jurídico salud. No obstante, los tipos penales de producción y tráfico de sustancias estupefacientes en las modalidades de alta y gran escala deberían encontrarse dentro del bien jurídico seguridad pública, por cuanto el objeto de protección no es la salud, sino la protección del Estado frente a las grandes mafias del narcotráfico y terrorismo. Solamente de esta manera se podrá graduar las penas de mejor manera y se estaría dando coherencia a la normativa penal.

Finalmente, otro error que se evidencia dentro de los tipos penales contra este bien jurídico protegido es la del paratipo penal de desatención del servicio de salud con muerte, que tiene una pena privativa de libertad de 13 a 16 años, lo cual no guarda correspondencia con la pena del homicidio ni con ninguna pena de los delitos contra la vida, razón por la cual, al cumplirse con todos los elementos objetivos del homicidio, su pena debería ser igual, consecuentemente, debería disminuirse a ese rango de pena.

Por estas consideraciones, la gradualidad de las penas debería ser la siguiente:

Tabla 15  
**Delitos contra la salud**

BIEN JURÍDICO SALUD			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Manipulación genética <b>Art. 214</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
2	Daño permanente a la salud. <b>Art. 215</b>	Doloso/Resultado	7-10 años
3	Comercialización medicamentos caducados. <b>Art. 217</b>	Doloso/peligro	6 meses-2 años
4	Desatención del servicio de salud <b>Art. 218</b>	Doloso/peligro	1-3 años
5	Desatención del servicio de salud con muerte ( <b>paratipo penal</b> )	Doloso/Resultado	<b>10 - 13 años</b>
6	Producción de sustancias estupefacientes. <b>Art. 219</b>	Doloso/peligro	<b>Graduada escalas</b>
7	Tráfico ilegal de sustancias estupefacientes. <b>Art. 220 (alta escala)</b>	Doloso/peligro	5-7 años
Por su objeto de protección, deben estar en los delitos contra la seguridad del Estado			

Fuente y elaboración propias

## 6. Delitos contra la administración pública

Tabla 16  
Delitos contra la administración pública

BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Peculado Art. 278	Doloso/Resultado	10-13 años
2	Enriquecimiento ilícito. Art. 279	Doloso/Resultado	7-10 años +400 SBU
3	Cohecho. Art. 280	Doloso/Resultado	1 -3 años-Base 3-5 años-Agravado
4	Concusión Art. 281	Doloso/Resultado	3-5 años-Base 5-7 años-Agravado
5	Ataque o Resistencia. Art.283	Doloso/Resultado	6 meses a 2 años
6	Tráfico de influencias. Art. 285	Doloso/Resultado	3-5 años
7	Oferta de tráfico de influencia Art. 286	Doloso/peligro	3-5 años
8	Testaferismo. Art. 289	Doloso Encubrimiento (*)	3-5 años

Fuente y elaboración propias

Exceptuando por el peculado, donde es necesario el abuso de fondos públicos y el perjuicio a las arcas del Estado, los demás tipos penales concentrados en este bien jurídico lo que buscan proteger es la fidelidad del servidor público, es decir, la buena gestión y el cumplimiento de sus funciones de una manera íntegra.

Según una parte de la doctrina, el contenido material de injusto común a estos delitos se agota en la infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración. El rasgo unificador de los delitos de los funcionarios estribaría, según esto, en el desarrollo de un modo disciplinado y fiel de las actividades que tienen encomendadas. Se sanciona, de este modo, la infidelidad, la deslealtad o traición del funcionario para con la Administración, que ha depositado su confianza en él.<sup>58</sup>

Otra parte de la doctrina, critica la concepción anterior basada estrictamente en los deberes del funcionario público y establece que “a pesar de la heterogeneidad de las infracciones contenidas en el título de referencia, puede descubrirse un sustrato

<sup>58</sup> Luis Roca, *El delito de malversación de caudales públicos* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1999) 44.

homogéneo a todas ellas, cual es que el bien jurídico en estos delitos es el correcto ejercicio de la actividad administrativa, es decir, la función pública como bien jurídico protegido en última instancia.”<sup>59</sup>

Sin embargo, al tratarse en el peculado de un abuso o disposición arbitraria de fondos públicos, que va más allá de un inadecuado ejercicio de la actividad o cargo que desempeña el funcionario, se añade, por lo tanto, un plus disvalorativo que obliga a que dicho tipo penal tenga una consecuencia punitiva mucho más grave, sin embargo, es irracional que la pena del peculado sea la misma que la del homicidio, cuando el objeto de protección y el daño generado no es equivalente entre ambos delitos.

Ya entrando en análisis de los tipos penales escogidos dentro de este bien jurídico protegido, no guarda correspondencia el hecho de que el enriquecimiento ilícito, un tipo penal que castiga el resultado del cometimiento de otros delitos, tenga una pena tan alta respecto al cohecho y la concusión, delitos en los que efectivamente los funcionarios públicos solicitan o aceptan algún tipo de dádiva a cambio de realizar un acto que se encuentra dentro de sus facultades, violentando de esta manera el buen ejercicio de sus funciones dentro de la administración pública. Lo que se debe buscar es que el cometimiento del delito de corrupción sea más gravemente castigado que el tipo penal que sanciona el simple resultado del ilícito, bajo esta consideración entonces, el cohecho y la concusión deberían tener una pena mayor a la del enriquecimiento ilícito, o, por el contrario, que éste último tenga una pena mucho menor.

---

<sup>59</sup> Ibid., 47.

Tabla 17  
**Delitos contra la administración pública**

BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA		
DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1 Peculado Art. 278	Doloso/Resultado	10-13 años
2 Enriquecimiento ilícito. Art. 279	Doloso/Resultado	7-10 años +400 SBU
3 Cohecho. Art. 280	Doloso/Resultado	1 -3 años-Base 3-5 años-Agravado
4 Concusión Art. 281	Doloso/Resultado	3-5 años-Base 5-7 años-Agravado
5 Ataque o Resistencia. Art.283	Doloso/Resultado	6 meses a 2 años
6 Tráfico de influencias. Art. 285	Doloso/Resultado	3-5 años
7 Oferta de tráfico de influencia Art. 286	Doloso/peligro	3-5 años
8 Testaferismo. Art. 289	Doloso Encubrimiento (*)	3-5 años

Fuente y elaboración propias

El tipo penal de tráfico de influencias (3-5 años) y la oferta de tráfico de influencias (3-5 años) no pueden tener la misma pena. Esta es una grave falencia del COIP, no puede tener la misma consecuencia jurídica un delito de peligro que un delito de resultado. En el tipo de tráfico de influencias, efectivamente debe configurarse el acto en el que el servidor, prevaleciéndose de su jerarquía, ejerza influencia en otro para obtener una resolución que sea beneficioso para sus intereses o los de un tercero, es decir, se debe comprobar el hecho de presión entre dos servidores públicos para obtener un beneficio que depende estrictamente de sus funciones, mientras que en el tipo penal de oferta de tráfico de influencias, no hace falta la existencia y demostración de este acto o del resultado, simplemente con tal que exista una mera oferta o promesa de realizar la influencia, ya se configuraría los elementos del tipo penal. Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, no puede tener el mismo reproche penal la persona que produjo una afectación verificable al bien jurídico protegido, que aquella persona que

pudo tener la intención de cometer el delito y se ofreció para hacerlo, pero a la final no lo realizó, y, por lo tanto, el bien jurídico no se llegó a lesionar.

Asimismo, otro de los errores de este capítulo es que el testaferrismo (3-5 años) tenga la misma pena que el cohecho (3-5 años) o la concusión (3-5 años), puesto que se trata de un delito de encubrimiento, al ser el testaferro quien aparenta como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, participaciones, dinero o valores que lo representen producto del enriquecimiento ilícito de un funcionario o ex funcionario público, consecuentemente, no puede tener la misma escala punitiva, quien comete directamente un delito de corrupción, que el que presta su nombre para poder ocultar el resultado del delito de otra persona. En el COIP debería existir el delito de encubrimiento general, que debería encontrarse dentro del bien jurídico tutela judicial efectiva, a fin de poder equilibrar mejor las penas y los tipos penales en general.

Por estas consideraciones, la gradualidad de las penas debería ser la siguiente:

Tabla 18  
**Delitos contra la administración pública**

BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Peculado <b>Art. 278</b>	Doloso/Resultado	<b>10-13 años</b>
2	Cohecho. <b>Art. 280</b>	Doloso/Resultado	<b>1-3 años-Base</b> <b>3-5 años-Agravado-</b>
3	Concusión <b>Art. 281</b>	Doloso/Resultado	<b>3-5 años-Base</b> <b>5-7 años-Agravado</b>
4	Enriquecimiento ilícito. <b>Art. 279</b>	Doloso/Resultado	<b>7-10 años+400</b> <b>SBU</b>
5	Ataque o Resistencia. <b>Art.283</b>	Doloso/Resultado	6 meses a 2 años
6	Tráfico de influencias. <b>Art. 285</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
7	Oferta de tráfico de influencia <b>Art. 286</b>	Doloso/peligro	<b>3-5 años</b>
8	Testaferrismo. <b>Art. 289</b>	Doloso Encubrimiento	<b>3-5 años</b>



Fuente y elaboración propias

## 7. Delitos contra la naturaleza o medioambiente

Tabla 19  
Delitos contra el medioambiente

BIEN JURÍDICO MEDIO AMBIENTE		
DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1 Invasión de áreas de importancia ecológica. <b>Art. 245</b>	Doloso/peligro	1-3 años
2 Delitos contra la flora y fauna silvestres. (especies amenazadas o peligro de extinción). <b>Art. 247</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
3 Delitos contra el agua. <b>Art. 251</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
4 Delitos contra el suelo. <b>Art. 252</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
5 Gestión prohibida de desechos o sustancias peligrosas. <b>Art. 254</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
6 Gestión prohibida de desechos o sustancias peligrosas que produzca muerte. ( <b>paratipo penal de homicidio</b> )	Doloso/Resultado	16-19 años
7 Falsedad de información ambiental <b>Art. 255</b>	Doloso/peligro	1-3 años
8 Comercialización de productos derivados de hidrocarburos <b>Art. 264</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
9 Comercialización de productos derivados de hidrocarburos en fronteras. <b>Art. 265</b>	Doloso/Resultado	5-7 años

Fuente y elaboración propias

Es unánime que el medio ambiente es un bien jurídico autónomo de rango constitucional protegido a través del Derecho Penal y del Derecho Administrativo. Como bien jurídico, esto es, como objeto de protección penal, el medio ambiente aparece como un bien jurídico de todos, que se protege penalmente por sí mismo, con entidad propia y no en función del daño que su perturbación ocasiona a otros valores como la vida humana, la salud pública, o individual, la propiedad de las cosas, etc. , que son bienes jurídicos ya protegidos tradicionalmente por el Derecho Penal, y que si se ven afectados darán lugar a otros delitos en concurso con el delito contra el medio ambiente. Desde esta perspectiva se elevan a objeto de tutela penal los recursos naturales -agua, aire, suelo, flora, fauna- sin perjuicio de reconocer que, al protegerlos, se está protegiendo mediatamente al individuo, en cuanto que de un modo u otro la afectación de cualquier elemento del ecosistema repercute, a corto o medio plazo, en las condiciones de su existencia.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Rosario de Vicente Martínez, *Derecho Penal del Medio Ambiente* (Madrid, Iustel, 2018), 44-5.

Es indiscutible la imperiosa necesidad de protección que merece la naturaleza, mucho más, cuando a partir de la Constitución de la República del año 2008 se la reconoció como sujeto de derechos, ahora bien, la intervención del Derecho Penal en su supuesta protección es desproporcionada y no cumple con los fines buscados, puesto que la sanción penal es posterior al cometimiento de la conducta que lesiona o pone en peligro a la naturaleza, consecuentemente, su inclusión en el catálogo de conductas prohibidas, únicamente responde a una visión de expansionismo penal.

Ahora bien, al analizar los tipos penales escogidos, podemos establecer que el delito de invasión de áreas protegidas es un tipo penal de peligro frente al bien jurídico medio ambiente en vista de que el mero ingreso como tal no provoca daño alguno al área protegida, por lo tanto, no podría tener la misma pena que un delito de resultado como el hecho de cazar especies amenazadas o en peligro de extinción, que constituye el tipo penal de “Delitos contra la flora y fauna”. Necesariamente el primero debe disminuir su sanción, o el segundo debe aumentar su pena y equipararse a las demás sanciones de los delitos de resultado que tiene este capítulo.

Dentro de este bien jurídico se encuentra un paratipo penal de homicidio, que es el de gestión prohibida de desechos o sustancias peligrosas que produzca la muerte, el cual tiene una pena prevista de 16 a 19 años. No se entendió qué hizo el legislador con este tipo penal, puesto que estableció una pena mayor a la de homicidio y menor a la de asesinato, es decir, creó una nueva pena para un delito de resultado contra la vida, que no estaba contemplada. No obstante, si bien se entendería que una persona que arroja desperdicios tóxicos o no realiza un manejo adecuado de los mismos, no busca con su conducta causar la muerte de una persona, sin embargo, a través de un dolo eventual, pudo tener el conocimiento y la intención de cometer la conducta, preveyendo de algún modo que su conducta podría generar algún perjuicio a otra persona; por esta consideración, este tipo penal debería tener la pena del homicidio, es decir, tener el rango de 10-13 años de privación de libertad.

Por otro lado, el tipo penal de falsedad de información ambiental es un delito doloso de resultado, pero no para el bien jurídico medio ambiente, sino para el bien jurídico fe pública y su pena debería equipararse a las establecidas en el tipo de falsificación y uso doloso de documento falso. De la misma manera, este tipo penal debería encontrarse dentro de los delitos contra ese bien jurídico, o simplemente ser un inciso del tipo penal genérico de falsificación y de uso doloso de documento falso, con lo cual debería eliminarse el referente a la información ambiental.

Respecto a los tipos penales de comercialización de productos derivados de hidrocarburos, no se comprende cómo el tipo base tiene una pena de 1-3 años, y el hecho de que se la realice en ciudades fronterizas se agrave de 5 a 7 años la pena privativa de libertad. El lugar de comisión de la infracción no debe ser una circunstancia agravante.

Además, estos tipos penales deben ser reubicados, no deberían estar dentro del bien jurídico medio ambiente, sino que por tratarse de delitos de fraude de subvenciones, deberían estar dentro de los delitos contra el régimen de desarrollo o contra la hacienda pública, por cuanto lo que se está afectando es el ingreso de recursos al Estado ecuatoriano y no el medioambiente como tal.

Por estas consideraciones, la gradualidad de las penas debería ser la siguiente:

Tabla 20

Delitos contra el medioambiente

BIEN JURÍDICO MEDIO AMBIENTE			
1	Invasión de áreas de importancia ecológica. <b>Art. 245</b>	Doloso/peligro	1-3 años
2	Delitos contra la flora y fauna silvestres. <b>Art. 247</b>	Doloso/ Resultado	3-5 años
3	Delitos contra el agua. <b>Art. 251</b>	Doloso/ Resultado	3-5 años
4	Delitos contra el suelo. <b>Art. 252</b>	Doloso/ Resultado	3-5 años
5	Gestión prohibida de desechos o sustancias peligrosa. <b>Art. 254</b>	Doloso/ Resultado	1-3 años
6	Gestión prohibida de desechos o sustancias peligrosas que produzca muerte. ( <b>paratipo penal de homicidio</b> )	Doloso/ Resultado	10 – 13 años
7	Falsedad de información ambiental <b>Art. 255</b>	Doloso/ <b>Peligro ?</b>	1-3 años
8	Comercialización de productos derivados de hidrocarburos <b>Art. 264</b>	Doloso/ <b>Resultado-?</b>	1-3 años
9	Comercialización de hidrocarburos en fronteras. <b>Art. 265</b>	Doloso/ <b>Resultado-?</b>	
Por su objeto de protección, deben estar en otros bienes jurídicos protegidos: fe pública y hacienda pública			

Fuente y elaboración propias



## 8. Delitos contra la seguridad pública

El legislador en la creación del COIP también cometió un grave error respecto del listado de conductas prohibidas que incluyó en la sección de los delitos contra la seguridad pública, debido a que dentro de la misma se encuentran también los delitos contra el orden constituido, como puede ser la rebelión, usurpación ilegal de mando, tentativa de asesinato del Presidente de la República, sedición, entre otros. Estos delitos de ningún modo atacan en primer plano contra la seguridad pública, sino que su intención es afectar el Estado de Derecho y el régimen democrático como tal, con lo cual su objeto jurídico de protección es distinto y su diferenciación se hace necesario.

Consecuentemente, a fin de realizar un análisis coherente de proporcionalidad, tomando en consideración el primer factor planteado en este trabajo, se hace indispensable dividir los delitos entre los 2 bienes jurídicos que vulneran: el orden constitucional, y, por otro lado, la seguridad pública.

### 8.1. Delitos contra el orden constitucional

Tabla 21  
Delitos contra el orden constitucional

BIEN JURÍDICO ORDEN CONSTITUCIONAL			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Rebelión <b>Art. 336</b>	Doloso/Peligro	5-7 años
2	Usurpación ilegal de mando <b>Art. 338</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
3	Tentativa contra el Presidente de la República <b>Art. 341</b>	Doloso/Tentativa	10-13 años
4	Sedición <b>Art. 342</b>	Doloso/Peligro	1-3 años

Fuente y elaboración propias

Si el Derecho Penal se inmiscuye en diversos aspectos de la vida social como sancionar delitos de tránsito, la protección de los animales y el respeto al medioambiente, la fe pública, la protección de datos de los sistemas informáticos, entre otros, creo que es aceptable y tiene mayor justificación imponer penas cuando se atente contra el Estado Constitucional de Derechos y Justicia y contra el orden democrático en general, ahora bien, eso difiere a intentar a través del Derecho Penal eliminar la disidencia política o

acallar las voces críticas a un gobernante, lo cual evidenciaría la antítesis de una democracia. Lastimosamente la subjetividad contemplada en los tipos penales de rebelión y sedición, históricamente han permitido su aplicación en contextos que no se encontraba en riesgo el orden constituido, si bien esto no sucedía en todos los casos, si ha dado cabida a que se abuse del punitivismo estatal a través de estos tipos penales.

Además, tanto el delito de rebelión como el de sedición son delitos de peligro concreto frente al bien jurídico enfrentado, lo que deberá ser analizado dentro de caso caso en particular, no obstante, esa condición a la hora de analizar la pena del delito de rebelión evidencia su desproporción, es una pena excesivamente alta, más aún cuando se lo contrasta con otros delitos del mismo capítulo que efectivamente lesionan el orden constitucional. Por ejemplo, no puede ser concebible que en la rebelión se reproche el “alzamiento” con fines de desconocer la Constitución o derrocar al Presidente de la República, castigando la conducta con una pena privativa de libertad de 5 a 7 años, sin requerir dentro del tipo penal la obtención del resultado; mientras que, en el tipo penal de usurpación y retención ilegal de mando sí se castiga a *“la persona que tome el mando político, militar o policial sin estar autorizada para ello o lo retenga excediendo las atribuciones de las cuales goza”*, lo cual efectivamente genera una lesión al bien jurídico, no obstante, tiene la misma pena que el delito anterior que se configura como uno de peligro, es decir, una pena privativa de libertad de 5 a 7 años. Consecuentemente, para guardar correspondencia en la lógica punitiva, es necesaria la reducción de la pena del delito de rebelión.

Por otro lado, el atentar contra la vida del primer dignatario del país, que en realidad es un delito grave, tiene igual consecuencia jurídica que provocar la muerte de cualquier persona (homicidio). Nuevamente el criterio base, un delito tentado no puede tener la misma pena que un delito ejecutado. El dar muerte a una persona no puede tener la misma pena que intentar dar muerte a otra, así ésta sea la del Presidente de la República. Por lo tanto, deberían seguirse las reglas de la tentativa establecidas en el artículo 39 del COIP, es decir, que la pena sea de uno a dos tercios de la referente al delito ejecutado, sin que ésta pueda superar a la del delito de homicidio. Caso contrario, estaríamos aceptando que una vida vale más que otra, simplemente por el cargo temporal que está realizando. La función del Presidente de la República, como del titular de cualquiera de las funciones del Estado, merece la debida protección, por esta razón, el provocar la muerte a una de las autoridades señaladas, es una causal para que inmediatamente se modifique el rango del tipo de homicidio por el de asesinato, sin embargo, la tentativa de dar muerte a una

de estas autoridades, no puede bajo ningún mecanismo tener la misma pena que efectivamente dar muerte a cualquier otra persona.

Tabla 22  
**Delitos contra el orden constitucional**

BIEN JURÍDICO ORDEN CONSTITUCIONAL			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Rebelión Art. 336	Doloso/Peligro	<del>5-7 años</del> ↓
2	Usurpación ilegal de mando Art. 338	Doloso/Resultado	5-7 años
3	Tentativa contra el Presidente de la República Art. 341	Doloso/Tentativa	<del>10-13 años</del> ↓
4	Sedición Art. 342	Doloso/Peligro	1-3 años

Fuente y elaboración propias

## 8.2. Delitos contra la seguridad pública

Tabla 23  
**Delitos contra la seguridad pública**

BIEN JURÍDICO SEGURIDAD PÚBLICA			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Dstrucción o inutilización de bienes <b>Art. 337</b>	Doloso/Peligro	1-3 años
2	Actos hostiles contra el Estado <b>Art. 339</b>	Doloso/Resultado	10-13 años
3	Insubordinación <b>Art. 343</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
4	Paralización de un servicio público <b>Art. 346</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
5	Grupos Subversivos <b>Art. 349</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
6	Traición a la Patria <b>Art. 353</b>	Doloso/Resultado	7- 10 años (tiempos de paz) 10-13 años (conflicto armado)
7	Espionaje <b>Art. 354</b>	Doloso/Resultado	7-10 (tiempos de paz) 10-13 años (Conflicto armado)
8	Porte de armas <b>Art.360</b>	Doloso/Peligro	3-5 años
9	Comercialización de armas de fuego <b>Art. 361</b>	Doloso/Peligro	3-5 años

Fuente y elaboración propias

No resulta fácil aproximarse a una definición de este bien jurídico tutelado, dado que dentro de este capítulo se incluyen conductas diversas que pueden tener finalidades bien diferentes, como es el caso del incendio, que puede o no tener intenciones destructivas de impacto social, o del terrorismo o el concierto con fines terroristas o para cometer delito

de narcotráfico, conductas en esencia diferentes en las huellas que dejan en la comunidad (...) la seguridad pública hace referencia a la presencia de un orden mínimo en la sociedad, que permite el desarrollo de la paz como sensación o ambiente constante o estable, no simplemente como aspiración. Se trata de un estado ideal de la comunidad en que ella se mantiene en un orden aceptable respecto de los bienes jurídicos de mayor entidad, como sería la vida, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, así como se mantiene la posibilidad de que la autoridad se ejerza pacíficamente con respecto de los ciudadanos. Es, acaso, un clima, un ambiente común de tranquilidad.<sup>61</sup>

Es un error que los tipos penales de terrorismo, delincuencia organizada y asociación ilícita se encuentren fuera del capítulo “delitos contra la seguridad pública”, puesto que este es el bien que efectivamente se quiere proteger. La parte sustantiva del COIP se pretendió dividir bajo el concepto del bien jurídico protegido, consecuentemente, al no existir ningún bien jurídico “terrorismo”, tanto su nombre como su diferenciación de otro bien jurídico solo se puede entender como la falta de técnica legislativa a la hora de la construcción del cuerpo normativo.

Tabla 24  
**Delitos contra la seguridad pública**

BIEN JURÍDICO SEGURIDAD PÚBLICA		
DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1 Destrucción o inutilización de bienes Art. 337	Doloso/Peligro	1-3 años
2 Actos hostiles contra el Estado Art. 339	Doloso/Resultado	10-13 años
3 Insubordinación Art. 343	Doloso/Resultado	1-3 años
4 Paralización de un servicio público Art. 346	Doloso/Resultado	1-3 años
5 Grupos Subversivos Art. 349	Doloso/Resultado	5-7 años
6 Traición a la Patria Art. 353	Doloso/Resultado	7- 10 años (tiempos de paz) 10-13 años (conflicto armado)
7 Espionaje Art. 354	Doloso/Resultado	7-10 (tiempos de paz) 10-13 años (Conflicto armado)
8 Porte de armas Art.360	Doloso/Peligro	3-5 años
9 Comercialización de armas de fuego Art. 361	Doloso/Peligro	3-5 años
10 Terrorismo Art. 366	Doloso/Resultado	10-13 años
11 Delincuencia Organizada Art. 369	Doloso/Peligro	7-10 años
12 Asociación ilícita	Doloso/Peligro	3-5 años

Fuente y elaboración propias

<sup>61</sup> Leonardo Cruz, “Delitos contra la seguridad pública” en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 406-7.

Tanto el tipo penal de delincuencia organizada como asociación ilícita son delitos de mera conducta que se sancionan por el simple acuerdo o por la existencia de un grupo criminal, es decir, de aquella decisión de varias personas para cometer infracciones de diversa índole, de modo que se constituye una amenaza para la seguridad colectiva o pública. Al sancionarse el simple acuerdo o la sola conformación de la organización, pasan a ser delitos de peligro por cuanto no requieren de la ejecución misma de los delitos ni de la necesidad de un resultado lesivo como tal. No obstante, según la lógica extraña del legislador, el delito de delincuencia organizada, que es el concierto para cometer delitos que tengan pena superior a los 5 años, va a estar sancionado con una pena de 7 a 10 años, es decir, el simple acuerdo puede tener más pena que ejecutar el delito acordado, un delito de peligro abstracto puede tener más pena que un delito de resultado o de daño, lo cual rompe con los criterios mínimos y básicos que se necesita para establecer cierta proporcionalidad de las penas.

El mismo error recae en el tipo penal de asociación ilícita cuya pena oscila de 3 a 5 años de privación de libertad, y la conducta que se castiga es el acuerdo alcanzado entre dos o más personas para cometer delitos con penas inferiores a los 5 años, consecuentemente, la simple asociación puede ser castigado más severamente que la ejecución misma de un delito inferior.

Otra equivocación que se vislumbra sobre estos dos delitos de peligro abstracto es que pueden tener igual o mayor pena que otros delitos de resultado que afectan el mismo bien jurídico, por ejemplo, el caso de delincuencia organizada (7-10 años) frente al delito de creación de grupos subversivos armados (5-7 años), o la asociación ilícita (3-5 años) frente a la insubordinación (1-3 años).

Lo mismo recae en el tipo penal de porte de armas, que tiene una pena exagerada de 3-5 años de privación de libertad, al respecto habría que decir que “(n)o hace falta un profundo análisis dogmático para advertir que la pena es absolutamente desproporcionada pues, a pesar de que estamos ante un delito de peligro abstracto que no exige ningún resultado material, se ha estipulado una pena mayor que la prevista con respecto a ciertos delitos que afectan de manera directa bienes jurídicos fundamentales(...)”.<sup>62</sup>

Por esta razón, bajo el parámetro del daño y entendiendo que un delito de peligro no provoca la lesión del bien jurídico protegido, su reproche necesariamente debe ser inferior a los delitos de resultado, por esta razón no se comprende cómo el legislador

---

<sup>62</sup> Adrian Martin, *Reformas penales y proporcionalidad de las penas. Análisis crítico en los delitos con el uso de armas* (Buenos Aires: EDIAR, 2013), 175.

estableció que los delitos de insubordinación o paralización de un servicio público, los cuales efectivamente atentan contra la seguridad pública, tengan una pena inferior a delitos de peligro como el porte de armas o la comercialización de armas de fuego.

Por estas consideraciones, la gradualidad de las penas debería ser la siguiente:

Tabla 25  
Delitos contra la seguridad pública

BIEN JURÍDICO SEGURIDAD PÚBLICA		
DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1 Destrucción o inutilización de bienes Art. 337	Doloso/Peligro	1-3 años
2 Actos hostiles contra el Estado Art. 339	Doloso/Resultado	<del>10-13 años</del>
3 Insubordinación Art. 343	Doloso/Resultado	1-3 años
4 Paralización de un servicio público Art. 346	Doloso/Resultado	1-3 años
5 Grupos Subversivos Art. 349	Doloso/Resultado	5-7 años
6 Traición a la Patria Art. 353	Doloso/Resultado	<del>7-10 años</del> (tiempos de paz) 10-13 años (conflicto armado)
7 Espionaje Art. 354	Doloso/Resultado	<del>7-10 años</del> (tiempos de paz) <del>10-13 años</del> (Conflicto armado)
8 Porte de armas Art.360	Doloso/Peligro	<del>3-5 años</del>
9 Comercialización de armas de fuego Art. 361	Doloso/Peligro	3-5 años
10 Terrorismo Art. 366	Doloso/Resultado	10-13 años
11 Delincuencia Organizada Art. 369	Doloso/Peligro	<del>7-10 años</del>
12 Asociación ilícita	Doloso/Peligro	3-5 años

Estos tipos penales de peligro, en los que se reprocha el simple acuerdo para delinquir o la sola existencia de la organización criminal, no pueden tener igual o más pena que los delitos efectivamente ejecutados

Fuente y elaboración propias

## 9. Delitos contra el orden económico

Tabla 26  
Delitos contra el orden económico

BIEN JURÍDICO ORDEN ECONÓMICO			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Enriquecimiento privado no justificado <b>Art. 297</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
2	Defraudación tributaria (Falta de entrega de impuestos retenidos mayor a 100 SBU) <b>Art. 298</b>	Doloso/Resultado	7-10 años
3	Defraudación aduanera <b>Art. 299</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
4	Contrabando <b>Art. 301</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
5	Pánico económico <b>Art. 307</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
6	Usura <b>Art. 309</b>	Doloso/Peligro	5-7 años
7	Lavado de activos (mayor a 200 SBU) <b>Art. 317</b>	Doloso/Resultado	10-13 años
8	Pánico financiero <b>Art. 322</b>	Doloso/Resultado	5-7 años

Fuente y elaboración propias

Para iniciar la explicación cabe señalar que dentro de esta categoría he ingresado tipos penales que se encuentran dentro de la sección de los delitos contra el régimen de desarrollo, contra el régimen aduanero, contra el régimen monetario y delitos económicos en general, por cuanto según mi criterio todos estos responden a un solo bien jurídico: el orden económico.

No obstante, según mi criterio dentro del COIP debería existir el bien jurídico “hacienda pública o el patrimonio público”, en el que se incluyan los delitos que efectivamente afectan el ingreso de recursos al Estado o la malversación de fondos públicos, dentro de los cuales deberían encontrarse la defraudación aduanera, tributaria, peculado, fraude de subvenciones, contrabando, insolvencia, y todo aquella conducta que tenga como finalidad perjudicar la correcta recaudación tributaria o el adecuado manejo de los recursos del Estado.

Ahora bien, el COIP incluye dentro del capítulo contra el orden económico diferentes secciones de delitos que han sido agrupados dentro de este bien jurídico, lo cual paso a analizar.

El orden económico es objeto de protección en el Derecho penal económico. Pero hemos sostenido que ese orden económico tiene dos formas de manifestación: una estricta y una amplia. En sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En sentido amplio, el orden económico es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Pues bien, aunque el orden económico, en uno u otro sentido, es objeto de protección jurídica, entendemos que en su aspecto amplio nunca se presenta como un bien jurídico protegido, de forma directa ni en sentido técnico. Esto quiere decir, que nunca se presenta como elemento del tipo de injusto, con la consecuencia de que no necesita ser abarcado por el dolo del autor, ni se precisa su lesión o puesta en peligro para la consumación del delito. Cuando hablamos del orden económico en sentido estricto, podemos, por el contrario, mantener su condición de bien jurídico en sentido técnico, siempre que se entienda de forma adecuada.<sup>63</sup>

Tanto en los delitos monetarios, financieros, de alteración de precios en la economía, fiscales o aduaneros, el bien jurídico protegido es el erario público con los cuales el Estado interviene en la economía y puede cumplir con los servicios sociales a los que está obligado.

Dentro de los tipos penales escogidos tenemos en primer lugar al enriquecimiento privado no justificado con una pena de 3 a 5 años, misma pena que el delito de defraudación aduanera y contrabando. Lo ilógico dentro de esto, es que los dos últimos tipos penales se castigan por defraudar al Estado en los tributos o tasas que deben cancelar a la hora de ingresar o sacar mercancías del país, es decir, sigue la misma línea de la defraudación tributaria, delito que se sanciona en términos generales por engañar y ocultar al Estado a fin de pagar menos impuestos derivados de una actividad económica.

No obstante, por no pagar deliberadamente los impuestos retenidos (defraudación tributaria) en una cantidad superior a los **100 salarios básicos unificados** (numeral 18 del artículo 298 del COIP), esto es, al año 2019 **USD. 39.400**, la sanción oscila entre **7 a 10 años** de privación de libertad, mientras que, la persona que perjudique a la administración aduanera (defraudación aduanera) sobre mercancías cuya cuantía sea superior a los **150 salarios básicos unificados**, es decir, **USD. 59.100**, tendrá una pena bastante inferior a la anterior, de **3 a 5 años** de privación de libertad, aunque el perjuicio a las arcas del Estado pueda ser mayor.

---

<sup>63</sup> Miguel Bajo y Silvana Bacigalupo, *Derecho Penal Económico* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001), 17.



Este mismo error persiste cuando se tipifica el contrabando y se dispone que la persona que evada el control aduanero e ingrese o egrese del país mercancías cuya cuantía sea igual o superior a los **10 salarios básicos unificados**, esto es, **USD. 3.940**, tenga la misma pena que la defraudación aduanera de **3 a 5 años de privación de libertad**, aunque el perjuicio al Estado se calcule con una mercancía cuyo costo puede ser inferior en 140 salarios básicos al exigido en el tipo penal anterior, esto vislumbra nuevamente los errores garrafales de los legisladores que no sustentaron técnicamente las tipificaciones de los delitos como las penas privativas de libertad.

Tabla 27  
**Comparación perjuicios y penas de delitos contra el orden económico**

DELITO	PERJUICIO	PENA
Defraudación tributaria	Mayor a 100 SBU (\$ 39.400,00)	7-10 años
Defraudación aduanera	Mayor a 150 SBU (\$ 59.100,00)	3-5 años
Contrabando	Mayor a 10SBU. (\$ 3.940,00)	3-5 años

Fuente y elaboración propias

Por su parte, el pánico económico que hace referencia a la divulgación o publicación de información falsa que genere el incremento de los costos de bienes o servicios que beneficie a un sector de la economía, tiene una pena de 5 a 7 años de privación de libertad, lo mismo que la usura, que tiene relación al préstamo de dinero con un interés superior al permitido por la ley, y que al delito de pánico financiero que sanciona a la persona que divulgue información falsa y que provoque el retiro masivo de los depósitos de alguna institución del sistema financiero. En estos tres delitos el daño provocado es sustancialmente diferente, sin embargo, en los tres la pena es la misma. Bajo el principio de lesividad, no se puede considerar como equivalentes el perjuicio que puede generar la usura para una o varias familias, por más reprochable e indignante que sea, lo cual no tendría ninguna repercusión en el sistema económico nacional; esto no podría ser comparado con el hecho de que se incremente el costo de un bien para todo el país o que se desestabilice el sistema financiero, lo que probablemente, dependiendo la institución, puede generar la quiebra del Estado. Bajo esta consideración, la pena de la usura no puede ser la misma que la del delito de pánico económico o financiero,

necesariamente tiene que ser menor, y este delito no podría incluirse dentro de este capítulo o bien jurídico, por cuanto no es el objeto real de afectación.

Por estas consideraciones, las penas deberían seguir la siguiente lógica:

Tabla 28  
**Delitos contra el orden económico**

BIEN JURÍDICO ORDEN ECONÓMICO			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Enriquecimiento privado no justificado <b>Art. 297</b>	Doloso/Resultado	<b>Misma pena según escalas de perjuicio al Estado</b>
2	Defraudación tributaria (Falta de entrega de impuestos retenidos mayor a 100 SBU) <b>Art. 298</b>	Doloso/Resultado	
3	Defraudación aduanera <b>Art. 299</b>	Doloso/Resultado	
4	Contrabando <b>Art. 301</b>	Doloso/Resultado	
5	Pánico económico <b>Art. 307</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
6	Usura <b>Art. 309</b>	Doloso/Peligro	<b>5-7 años</b>
7	Lavado de activos (mayor a 200 SBU) <b>Art. 317</b>	Doloso/Resultado	<b>10-13 años</b>
8	Pánico financiero <b>Art. 322</b>	Doloso/Resultado	5-7 años

Fuente y elaboración propias

El delito de lavado de activos, el cual se puede definir desde un punto de vista económico “como el proceso que pretende deslindar los réditos obtenidos mediante la comisión de delitos, de los delitos subyacentes. El propósito es legitimar los activos o bienes, para así poder utilizarlos en el curso de la economía, sin llamar la atención de las autoridades sobre las actividades ilícitas de las que provienen.”<sup>64</sup>

Este delito según el artículo 317 del COIP tiene una sanción de 10-13 años cuando se superen los 200 salarios básicos unificados, lo que corresponde a USD.78.800; dentro del rango de penas establecidas en el COIP lo haría similar al delito de homicidio o terrorismo, lo cual violentaría el primer presupuesto que hemos planteado para establecer una debida proporcionalidad de las penas. El delito de homicidio es un delito doloso que atenta contra el bien jurídico “vida”, es decir, se estaría equiparando esta pena a la sanción

<sup>64</sup> Ligia Vargas, *Armonización del delito de lavado de activos en los países de la Alianza del Pacífico* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2018), 43.

de un bien jurídico sustancialmente mayor en la escala de protección que debe tener el Derecho Penal. Si bien el delito de lavado de activos tiene como objetivo garantizar el correcto funcionamiento del orden socioeconómico, teniendo las consecuencias de esta infracción relevancia a nivel local como internacional, derivada de la delincuencia organizada transnacional, por cuanto a través de este medio se imposibilita que los bienes, producto de la comisión de delitos, puedan ser controlados por los entes estatales y no se sometan a las contribuciones legales pertinentes; no obstante, este hecho por más perjudicial que parezca, no se puede equiparar a la afectación que provoca matar a otra persona, que es el delito más execrable que puede haber, o generar terror en el Estado. La regla principal debe determinar que un delito de un bien jurídico de mayor importancia y con la consecuencia más grave, no puede tener la misma pena que otro delito cuyo ámbito de protección y daño es diametralmente inferior.

Del mismo modo, al ser el lavado de activos un delito donde el sujeto activo se pretende beneficiar de las operaciones y recursos provenientes de las actividades ilícitas, su reproche no puede ser mayor que las conductas de aquellos delitos que produjeron los beneficios económicos y patrimoniales ilegales, lo que habría que sancionar en mayor medida no es el resultado *per se*, sino el delito que provocó aquel resultado, por tanto, bajo esta consideración, la pena de lavado de activos se tiene que reducir considerablemente, y, por el contrario, la pena de otros delitos de corrupción o defraudación deberían incrementarse, guardando las consideraciones establecidas anteriormente.

## 10. Delitos contra la seguridad informática

Tabla 29  
**Delitos contra la seguridad informática**

BIEN JURÍDICO SISTEMA INFORMÁTICO			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Revelación ilegal de base de datos. <b>Art. 229</b>	Doloso/Resultado	1-3 años
2	<b>Intercepción ilegal de datos. Art. 230</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
3	Transferencia electrónica de activo patrimonial <b>Art. 231</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
4	Ataque a la integridad de sistemas informáticos. <b>Art. 232</b>	Doloso/Resultado	3-5 años
5	Delitos contra la información pública reservada legalmente. <b>Art. 233</b>	Doloso/Resultado	5-7 años
6	Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones. <b>Art. 234</b>	Doloso/Resultado	3-5 años

Fuente y elaboración propias

Dentro de la clasificación escogida, el de menor escala en cuanto a bien jurídico y afectación, son los delitos contra los sistemas informáticos. Ahora bien, la informática está presente en casi todos los campos de la vida moderna, ya sea en un contexto laboral, educativo, personal, científico, o de cualquier índole, casi toda actividad del ser humano actualmente utiliza un sistema de información tecnológica, por lo tanto, este imparable y constante desarrollo de las tecnologías informáticas también provoca la expansión de conductas delictivas en este campo, las cuales en muchas ocasiones son de difícil tipificación en relación a las normas penales tradicionales y a su campo de protección.

Esta dependencia de la Sociedad de la Información a las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), hace patente el grave daño que los llamados delitos informáticos o la delincuencia informática pueden causar a nuestro nuevo estilo de vida, la importancia que cobra la seguridad con la que han de contar los equipos informáticos y las redes telemáticas con el fin de poner obstáculos y luchar con dichas conductas delictivas, y la necesidad de tipificar y reformar determinadas conductas, a fin de que esta sean efectiva y positivamente perseguidas y castigadas en el ámbito penal.<sup>65</sup>

Si bien el Código Orgánico Integral Penal encasilla estos tipos penales en la sección de los <Delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información

<sup>65</sup> Santiago Acurio, *Delitos informáticos: Generalidades*, 5-6. Accedido el 15 de diciembre de 2018, [http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_delitos\\_inform.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf)

y comunicación>, que pertenece al capítulo de los <Delitos contra el Buen Vivir>, el bien jurídico protegido no podría ser entendido como el buen vivir, así como tampoco existe claridad sobre si efectivamente es el sistema informático como tal o la información como el derecho a proteger, al respecto dentro de la doctrina especializada también existe una discusión que todavía no se ha logrado superar del todo.

Dentro de los delitos informáticos, podemos decir que la tendencia es que la protección a los bienes jurídicos, se le haga desde la perspectiva de los delitos tradicionales, con una re-interpretación teleológica de los tipos penales ya existentes, para subsanar las lagunas originadas por los novedosos comportamientos delictivos. Esto sin duda da como regla general que los bienes jurídicos protegidos, serán los mismos que los delitos reinterpretados teleológicamente o que se les ha agregado algún elemento nuevo para facilitar su persecución y sanción por parte del órgano jurisdiccional competente. De otro lado otra vertiente doctrinaria supone que la emergente Sociedad de la Información hace totalmente necesaria la incorporación de valores inmateriales y de la INFORMACIÓN misma como bienes jurídicos de protección, esto tomando en cuenta las diferencias existentes por ejemplo entre la propiedad tangible y la intangible (...) En conclusión podemos decir que el bien jurídico protegido en general es la información, pero está considerada en diferentes formas, ya sea como un valor económico, como un valor intrínseco de la persona, por su fluidez y tráfico jurídico, y finalmente por los sistemas que la procesan o automatizan; los mismos que se equiparan a los bienes jurídicos protegidos tradicionales.<sup>66</sup>

Por lo tanto, si el bien jurídico protegido es la información, la seguridad informática o el sistema informático, el tipo penal de “Transferencia electrónica de activo patrimonial” no debería estar incluido en este capítulo, debido a que lo que se pretende proteger es la propiedad, por lo tanto, este delito debería estar incluido en la sección de los delitos contra la propiedad. Asimismo, en vista de que el delito se comete con una modalidad no violenta, debería tener la misma pena que el delito de estafa, tomando en consideración el exceso punitivo de los delitos contra la propiedad.

---

<sup>66</sup> Ibid., 20.

Tabla 30  
**Delitos contra la seguridad informática**

BIEN JURÍDICO SISTEMA INFORMÁTICO			
DELITO		TIPO DE DELITO	PENA
1	Revelación ilegal de base de datos. Art. 229	Doloso/Resultado	1-3 años
2	Interceptación ilegal de datos. Art. 230	Doloso/Resultado	3-5 años
3	Transferencia electrónica de activo patrimonial. Art. 231	Doloso/Resultado	3-5 años
4	Ataque a la integridad de sistemas informáticos. Art. 232	Doloso/Resultado	3-5 años
5	Delitos contra la información pública reservada legalmente. Art. 233	Doloso/Resultado	5-7 años
6	Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones. Art. 234	Doloso/Resultado	3-5 años

Fuente y elaboración propias

Por otra parte, tiene una pena de 5 a 7 años el delito contra la información pública reservada legalmente cuyos verbos rectores principales son los de “destruir” o “inutilizar” información que sea previamente establecida como reservada, según lo dispuesto por las normas correspondientes, es decir, este delito tendría el mismo rango de represión que el pánico financiero, el tráfico ilegal de sustancias estupefacientes en alta escala o a la inseminación no consentida, tipos penales cuya afectación es mucho más grave y sus bienes jurídicos son de mayor relevancia e importancia, por esta razón, su pena se considera desproporcional y consecuentemente debería disminuir.

Tabla 31  
**Delitos contra la seguridad informática**

BIEN JURÍDICO SISTEMA INFORMÁTICO			
	DELITO	TIPO DE DELITO	PENA
1	Revelación ilegal de base de datos. Art. 229	Doloso/Resultado	1-3 años
2	Interceptación ilegal de datos. Art. 230	Doloso/Resultado	<del>3-5 años</del>
3	Ataque a la integridad de sistemas informáticos. Art. 232	Doloso/Resultado	<del>3-5 años</del>
4	Delitos contra la información pública reservada legalmente. Art. 233	Doloso/Resultado	5-7 años
5	Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones. Art. 234	Doloso/Resultado	<del>3-5 años</del>
Por su objeto de protección, deben estar en los delitos contra la seguridad del Estado			

Fuente y elaboración propias

## 11. Reflexiones

La (des)proporcionalidad del Código Orgánico Integral Penal es un tema complejo y superior al análisis previo que podíamos haber realizado. Hemos escogido tipos penales provenientes de distintos bienes jurídicos protegidos y sancionados con distintas penas privativas de libertad, a fin de evidenciar la falta de sustento jurídico a la hora de establecer el cuántum de la sanción. De este ejercicio hemos sacado las contravenciones y las tipificaciones que puedan tener una sanción baja, por cuanto se entienden que son las infracciones de menor pena, y el objetivo de este trabajo es hacer una crítica constructiva, propositiva y coherente del poder punitivo más grave.

Haciendo un análisis de lo establecido anteriormente e incluyendo algunos tipos penales no analizados, para el legislador ecuatoriano debe tener la misma respuesta punitiva, por ejemplo, el tipo base de la defraudación tributaria (orden económico), el estupro (integridad sexual), la discriminación (igualdad), la violación a la intimidad (intimidad personal) o la sedición (seguridad del Estado), todos con penas iguales de 1 a 3 años, así no se cumplan alguno o todos de los presupuestos básicos que hemos señalado. Según el Código Orgánico Integral Penal, el alzamiento en armas de la policía o las fuerzas militares para impedir el libre funcionamiento del régimen constitucional, que constituye el tipo penal de la sedición, tiene la misma pena que el acceder y examinar una

comunicación privada de otra persona sin su consentimiento, conducta que se encuadra en el tipo penal de la violación a la intimidad.

Tiene la misma sanción el tener 14 gramos de marihuana (tráfico ilegal de sustancias estupefacientes a mediana escala) que el disponer de dinero o bienes ajenos sin restituirlos (abuso de confianza). En nuestro país tiene la misma pena el que reprograma terminales móviles que el que realiza fraude procesal. El que roba una vaca (abigeato) que el funcionario público que acepta un beneficio económico para agilizar un trámite (cohecho).

¿Qué genera más daño a la sociedad, la persona que consume drogas y puede tener la sustancia o un delito de corrupción como el cohecho?, ¿cuál bien jurídico tiene prevalencia en cuanto a su lesión, la afectación individual, consciente e intencional de cada persona de consumir cualquier droga, o el daño que puede provocar a la sociedad en general la buena y eficiente administración pública? Si decidimos que lo segundo provoca mayor daño, entonces esas dos conductas en cuanto a la afectación al bien jurídico no pueden tener la misma pena. En el mismo sentido, es ridículo que tenga la misma sanción, provocar un delito contra la seguridad pública y que atenta contra el Estado de Derecho (sedición), que provocar un daño leve a la propiedad privada de una persona natural o jurídica (abuso de confianza). No es posible que tenga el mismo cuántum el modificar terminales de aparatos móviles que engañar al sistema de administración de justicia (fraude procesal).

El COIP tiene tantas deficiencias, que un delito de peligro puede tener la misma pena que un delito de resultado. El tráfico de influencias, tiene una pena de 3 a 5 años de privación de libertad, no obstante, se castiga con el mismo tiempo a la persona que no realiza esta acción, sino a la que simplemente “ofreció” realizar esa conducta. Consecuentemente, no importa si nunca se llegó a realizar ese acto de influencia o si nunca se llegó a ejecutar el acto o resolución que beneficie a ese servidor público o a un tercero, simplemente el “ofrecer” tiene la misma consecuencia que el “hacer” o “ejecutar” la acción típica.

Lo mismo sucede con el tipo penal de porte de armas, delito de peligro, que tiene la misma escala de pena que un delito de resultado y de un bien jurídico más relevante como el delito de lesiones cuando genera una afectación que supera los noventa días de incapacidad. Es decir, el simple porte de un arma de fuego, lo cual objetivamente no significa la puesta en peligro concreto de ningún bien jurídico, es castigado de la misma manera que la producción de lesiones serias a la integridad física de una persona.



Asimismo, el porte de armas tiene la misma pena en nuestro Código, que conductas que se pueden entender como más graves como el delito de concusión (eficiente administración pública), la contaminación grave de caudales ecológicos (medio ambiente) o el consumo humano de sustancias contaminadas (salud), la extorsión (propiedad), entre otros, o por el contrario, tiene mayor pena que delitos como la desatención del servicio de salud, el acoso sexual (integridad sexual) o la privación ilegal de la libertad.

Entre más aumentan las penas, las inconsistencias son más grandes, más aún cuando se hace un análisis comparativo con algunos de los delitos previamente abarcados en los catálogos anteriores. Según el COIP, el robo debe tener la misma pena que el provocar un golpe de Estado (rebelión) o generar pánico financiero y poner en riesgo todo el sistema bancario y crediticio del país. Debe tener la misma pena, la usura (delito económico) que el practicarle un aborto a una persona que no ha consentido en ello (delito contra la vida). Según nuestra legislación debe tener igual represión punitiva la estafa (propiedad) que el secuestro (libertad) o la creación de grupos subversivos que ataquen o intenten reemplazar a las fuerzas armadas (seguridad pública); la denegación de garantías judiciales de persona protegida (dignidad humana), que el uso doloso de un documento falso (fe pública).

Según el artículo 270 del COIP que establece el tipo penal de perjurio, delito que atenta el bien jurídico protegido tutela judicial efectiva, y cuya conducta punible es el proporcionar información falsa estando bajo juramento dentro de un juicio penal, tiene una pena privativa de libertad de 7 a 10 años, la misma pena que formar un grupo estructurado para delinquir (delincuencia organizada), el cual lesiona el bien jurídico protegido seguridad pública.

¿Qué puede generar mayor afectación, el abusar y disponer de fondos públicos o el realizar un conflicto armado contra el Estado?, ¿debe tener la misma pena el peculado, un delito contra la eficiente administración pública, que el generar actos hostiles contra el Estado, un delito contra la seguridad pública? En el primero, se afecta al erario nacional, en el segundo se provoca un conflicto bélico interno y se afecta a la seguridad del país. El perjuicio del peculado se traducirá en la imposibilidad del Estado en dar respuesta a necesidades ciudadanas, mientras que participar en un conflicto armado seguramente provocará muertes, daños a bienes públicos y privados, terror y migración en la ciudadanía. No pueden ni deben ser comparables jurídicamente.

La falta de dosimetría en el COIP es un problema serio, que devela la ausencia de tecnicidad y de argumentación jurídica por parte del legislador a la hora de establecer el catálogo de conductas y sus penas privativas de libertad. La estipulación de cuál es el tiempo que se debe limitar la libertad (dependiendo el delito cometido), máxima sanción posible dentro de un Estado de Derecho, no debe provenir de los simples deseos de una autoridad nacional, ni de un escándalo mediático, o peor aún de los problemas de la política nacional, debe ser un trabajo jurídico-político-social responsable, que pueda justificar con criterios técnicos la razón por la cual una conducta debe ser sancionada penalmente, y donde se pueda responder a las interrogantes de por qué tiene esa pena, por qué tiene que incrementarse su sanción, o por qué esa pena es mayor a la de otro delito. Esas son las respuestas que requerimos a la hora de tener un código que establece serias limitaciones a derechos, sino esta falta de coherencia y lógica normativa seguirá siendo un círculo vicioso que atenta contra la justicia y produce que las afectaciones reales del sistema penal sean más crueles y violentas de lo que ya son.

## **12. Análisis de dosimetría en un caso en particular**

Para analizar la dosificación punitiva he escogido una sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia en la cual se resuelve el recurso de casación planteado dentro del juicio penal No. 2016-04457 seguido en contra de Carlos Pareja Yanuzelli y otros, por el delito de cohecho.

### **12.1. Antecedentes**

En dicho proceso penal, en primera instancia, el Tribunal de Garantías Penales aquo, luego de realizada la audiencia de juicio, con fecha lunes 3 de abril 2017 dicta sentencia en la que declara (por unanimidad) la culpabilidad de los ciudadanos: Carlos Pareja Yannuzzelli, Alex Bravo, Arturo Escobar, Paquita de Mora en su condición de funcionarios públicos, considerándolos como autores del delito de cohecho, tipificado y punido en el artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndoles la pena privativa de libertad de cinco años y pena pecuniaria de once salarios básicos unificados. En referencia a los ciudadanos (no funcionarios públicos) Juan Baquerizo, Jaime Baquerizo, Ramiro Luque, Glenda Meza, Arturo Pinzón, Humberto Guarderas, como contratistas, se los declara autores del delito de cohecho, imponiéndoles la pena de cinco años de privación de libertad y multa de doce salarios básicos unificados; y, a los

ciudadanos Gorki Rueda, Jelice Herrera, Xenia Panchano, Carlos Pareja Avilés, Yolanda Pareja y Sonia Calero, se los declara cómplices del delito de cohecho, imponiéndoles la pena de dos años seis meses de privación de libertad y multa de diez salarios básicos unificados.

Inconformes con esta decisión, interponen los acusados y EP Petroecuador, como acusador particular, el correspondiente recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la cual declara sin lugar los recursos interpuestos, manteniéndose la resolución de primera instancia.

Frente a esto, los mismos sujetos procesales en ejercicio de su derecho a la defensa y de impugnación, interponen el correspondiente recurso de casación ante la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, cuya resolución y principales definiciones sustantivas y adjetivas analizaremos a continuación.

## **12.2. Cargos planteados en el recurso**

Los cargos propuestos por las partes procesales a través de las causales de indebida aplicación, contravención expresa, y errónea interpretación de la ley, se centraron en cuatro puntos específicos consistentes en:

1. La aplicación del principio de favorabilidad en el caso concreto, en relación con la ley sustantiva y el tipo penal atribuido a los acusados.
2. La determinación del quantum de la reparación material.
3. La responsabilidad penal de los (ex) servidores públicos.
4. La responsabilidad penal de los no servidores públicos en relación con el tipo penal de cohecho.

## **12.3. Sobre la ley aplicable al caso**

Según los hechos probados y las transferencias realizadas, el período de consumación del supuesto delito abarcaría hasta el año 2014, previo la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, razón por la cual la ley aplicable al caso concreto como bien lo señalan los Jueces, es el Código Penal anterior. Adicionalmente, cabe señalar que, por los efectos punitivos, de igual manera, la norma más favorable para los acusados-sentenciados sería la establecida en el artículo 285 del Código Penal anterior que tipifica el delito de cohecho, puesto que la conducta punible se encasilla en lo

establecido en el inciso primero de la norma referida, que dispone una pena privativa de libertad de 6 meses a 3 años.

Por lo tanto, todos los sentenciados en los grados de autor y cómplice se beneficiaron de una reducción en la escala punitiva impuesta por el Tribunal de primera instancia, la que fue ratificada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, debido a que el tipo penal por el que les sentenciaron fue el contemplado en el artículo 280 primer y segundo inciso del COIP, cuya pena privativa de libertad oscilaba para el autor entre 3 a 5 años.

#### **12.4. Análisis del grado de responsabilidad y dosificación punitiva**

En el caso revisado existen 4 sujetos activos calificados por ostentar un cargo público, quienes han sido declarados como autores del delito de cohecho de conformidad al artículo 42 del Código Penal anterior. Estos son: Carlos Pareja Yanuzzelli, Alex Fabricio Bravo Panchano, Arturo Escobar Domínguez y Paquita Isabel de Mora. Adicionalmente, la sentencia de Casación determinó como autores a 7 personas particulares, quienes fueron determinadas como las que entregaron el beneficio económico a los funcionarios y, por último, 2 personas sentenciadas en el grado de cómplices. Respecto de la calificación jurídica, su responsabilidad y la sentencia impuesta me pronunciaré a continuación:

**Carlos Pareja Yanuzzelli:** Al haber ostentado el cargo de Gerente General de Refinación de la EP Petroecuador suscribió una serie de contratos y subcontratos con empresas de las cuales recibió una retribución económica a través de varias compañías offshore cuyo titular era el propio Pareja Yanuzzelli o funcionarios de su dependencia. Los hechos demostrados en la audiencia de juicio, prueban su participación de forma directa en el delito de cohecho, por lo tanto, su grado de responsabilidad es el de autor, como acertadamente lo establece el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, imponiendo la máxima escala punitiva, al haberse demostrado a su vez, 1 circunstancia agravante del hecho, establecida en el numeral 1 del artículo 30 del Código Penal, que hace referencia a la astucia o fraude con la que fue cometido el delito.

**Alex Fabricio Bravo Panchano:** Como Supervisor de Proyectos y Coordinador de los Supervisores de los proyectos de la administración de Refinería Esmeraldas, tenía la capacidad de generar necesidades de contratación a fin de que puedan ser adjudicadas ciertas compañías. El acervo probatorio determinó que es propietario de la offshore

GIRBRA S.A., en la que recibió transferencias de varias compañías contratistas de la EP Petroecuador, con lo cual se demostró que su participación fue principal y directa para la consumación del delito de cohecho, consecuentemente, concuerdo con que se haya establecido su calidad de autor y que se haya impuesto la pena privativa de libertad de 3 años.

**Arturo Escobar Domínguez:** Según la sentencia ocupó el cargo de Asesor de Servicios Compartidos en Gerencia de Refinación, los hechos probados en su contra fueron los siguientes: Es dueño de la compañía ESCART S.A., según el acta de 19 de diciembre de 2012 por la cual le autorizaron la emisión del 100% de acciones a su favor. Recibió dinero de la compañía GIRBRA, de la que era beneficiario Alex Bravo Panchano, al igual que realizó transferencias a dicha compañía. Efectuó depósitos a plazo fijo en Capital Bank de Miami, EE.UU, por diferentes sumas de dinero.

Los hechos demostrados que se le imputaron se traducen en haber recibido una retribución económica ilegal proveniente de las compañías offshore de otros funcionarios públicos y de ciertas contratistas del Estado. Sin duda el señor Escobar actuó dolosamente por cuanto conocía del origen ilícito de esos recursos y se benefició de los mismos, además no denunció y realizó transacciones bancarias con las transferencias recibidas. Ahora bien, los requisitos del tipo penal por el que se le sentencia determina que: “Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, **para ejecutar un acto de su empleo u oficio**, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución (...)”. (Las negritas y el subrayado me pertenecen).

¿Cuál fue el acto ejecutado por el señor Escobar relativo a sus funciones? En este elemento descriptivo de la conducta radica el desvalor de la conducta y el reproche realizado por el legislador.

Es decir, el tipo penal de cohecho exige que se verifiquen los siguientes elementos:

- La aceptación de dinero o dones.
- Cuándo se aceptó o recibió.
- De quién se aceptó o recibió (bilateralidad del delito).
- Y, sobre todo, el para qué se aceptó o recibió esa retribución.

No es suficiente con la demostración que se recibió o aceptó beneficio económico; el tipo penal base exige que exista una relación de **causalidad** entre lo aceptado o

recibido, con la ejecución de la acción u omisión deseada por quien entrega el dinero, la cual debe ser plenamente identificada.

El simple objetivismo de recibir transferencias no lo hace autor del delito de cohecho, así haya conocido y aceptado recibir tales recursos económicos. Eso puede acarrear el cometimiento de otros delitos, sin embargo, para que sea responsable por este tipo penal, se debe cumplir con el elemento descriptivo, razón por la cual, si el señor Escobar no realizó, o dentro del juicio no se probó, ningún acto tendiente a la adjudicación de diversas compañías contratistas de EP Petroecuador, no puede ser autor de cohecho.

Esta relación de causalidad se refiere a que el resultado previsto en la figura no debe ser supuesto, sino real, identificado y verificado en juicio, consecuentemente, el Juez debe identificar en su sentencia, cuál fue el acto ejecutado u omitido por el sujeto activo, cuestión que no ha podido ser establecido en la sentencia de primer grado, mucho menos en la resolución del recurso de apelación, ni tampoco se la ha establecido en la sentencia del recurso de Casación.

El hecho de haber sido Asesor de Servicios Compartidos en la Gerencia de Refinación, no es acción u omisión alguna, solo es una calidad que tuvo Arturo Escobar Domínguez, por lo que al manifestar esto, solo alcanza para identificar a un sujeto activo calificado para cometer el cohecho.

La sentencia a su vez determina que los hechos realizados por Arturo Escobar fueron “... *con el propósito de hacer, omitir, agilizar cuestiones relativas a su función de Asesor en la Gerencia de Refinación*”.

Si se determinó que Arturo Escobar “hizo”, “agilitó” u “omitió”, entonces la sentencia debía indicar qué y cuándo hizo cuestiones relativas a sus funciones; qué y cuándo omitió cuestiones relativas a sus funciones; o, qué y cuándo agilitó cuestiones relativas a sus funciones.

Por lo tanto, hay indebida aplicación del artículo 42 del Código Penal anterior, cuando sin elemento fáctico alguno entiende que Arturo Alfredo Escobar Domínguez fue autor directo del delito. Esto por cuanto la autoría directa se configura por la comisión del delito por propia mano, cumpliendo las características del sujeto activo del tipo penal en primer lugar, pero sobre todo, por la identificación de la conducta conforme establece el legislador, cuestión que en este caso, no ha sucedido. De esta manera, al haberse extinguido como grado de responsabilidad al encubrimiento, el señor Escobar no es responsable de este delito, su conducta ilícita responde al cometimiento de otro delito en particular.

**Paquita Isabel de Mora:** Según los hechos probados ocupó el cargo de Asesora de Servicios Compartidos en Gerencia de Refinación, intervino en la constitución de la offshore ESCART S.A., siendo Presidenta “autorizó a Arturo Escobar Domínguez (servidor público) para que abra cuentas a nombre de la compañía y realice toda clase de actividades bancarias hasta que se revoque esa autorización, lo que nunca se efectuó, **es decir conoció de las transacciones realizadas por Arturo Escobar (...) con ese fin se benefició a diferentes compañías con la suscripción de millonarios contratos; actividad relacionada con la función de la acusada.**”

De igual manera que el caso del señor Escobar, no se determinó qué hizo, omitió o agilitó como funcionaria pública para la suscripción de los contratos, es más, el cargo de asesora no conlleva ninguna potestad para disponer la contratación ni tampoco sobre el proceso precontractual o contractual. Adicionalmente, conocer sobre las transferencias realizadas a funcionario público no es ningún elemento del tipo penal de cohecho, su participación fue la de encubrir el delito, grado de responsabilidad inexistente actualmente. De esta manera, existe una indebida aplicación del artículo 42 del Código Penal anterior, por lo que debía ratificarse su estado de inocencia, y ordenar a la Fiscalía General del Estado iniciar la investigación por el supuesto cometimiento de otro delito.

**Glenda Marianela Meza Bracho:** se probó que realizó transferencias de dinero a funcionarios de Petroecuador, dentro de las cuales consta la suma de USD. 796.000,00, a través de SENTINEL MANDATE & ESCROW, a la cuenta de Helm Bank de la offshore GIRBRA, cuyo beneficiario era Alex Fabricio Bravo Panchano, así como varias transferencias de la compañía DENFIELD INVESTMENTS a GALILEO ENERGY por un monto total de USD 459,000.

Como directiva de las empresas GALILEO ENERGY S.A, DENFIEL INVESTMENST y SENTINEL MANDATE & SCROW LIMITED, conocía de los movimientos financieros, transferencias sin explicación legal a GIRBRA; en las cuales se establecían coordenadas bancarias para cada contrato, transferencias realizadas a través de la empresa SENTINEL y recibía previamente los depósitos de DENFIEL. Del reporte de contratos fueron 6 los suscritos por GALILEO ENERGY, entre Carlos Pareja Yanuzzelli y Glenda Marianela Meza por un valor de USD\$ 8'825.077.15. Glenda Marianela Meza Bracho dio o entregó a Carlos Pareja Yannuzzelli, Alex Fabricio Bravo Panchano transferencias de dinero, beneficiándoles económicamente en forma indebida, para que hagan cuestiones relativas a sus funciones, que se materializó en beneficiar a la

acusada con la suscripción de los millonarios contratos mencionados, ejecutando actos idóneos conducentes a la realización del delito perpetrado.

Al haber ostentado la calidad de Gerente General, Presidenta y miembro del Directorio de varias empresas conocía de las transferencias realizadas a altas autoridades de la Gerencia de Refinación de la EP Petroecuador, y por las cuales, como contrapartida sus representadas obtuvieron el beneficio de ser adjudicadas en varios contratos millonarios, por lo que su participación fue directa, principal e idónea en el cometimiento del delito de cohecho, siendo su grado de responsabilidad efectivamente la de autora como lo determina la Sala Penal.

**Ramiro Andrés Luque:** firmó con Petroecuador varios contratos, como representante de la compañía GALILEO ENERGY. Realizó transferencias por USD 796.000,00, a través de SENTINEL MANDATE & ESCROW a la cuenta del Helm Bank de la offshore GIRBRA, siendo su beneficiario el señor Alex Fabricio Braco Panchano, funcionario de Petroecuador. Consecuentemente, al haber entregado una retribución económica por la suscripción de contratos millonarios con la EP Petroecuador, se determinó que su accionar fue principal y directo en el delito de cohecho, por lo que el grado por el que se lo condenó fue el correcto.

**Humberto Guarderas Córdova:** fue Representante y Gerente General de la empresa TECNAZUL, compañía que recibió un subcontrato de la empresa fiscalizadora WORLEY PARSONS. Como contrapartida transfirió a la cuenta de GIRBRA la suma de USD 456.194,70, mediante 2 transferencias de fechas 3 de abril y 9 de mayo de 2014, realizadas a través del Banco Unión de Ginebra de Suiza. Consecuentemente, al haber entregado una retribución económica por la suscripción de contratos con la EP Petroecuador, se determina que su accionar fue principal y directo en el delito de cohecho, por lo que el grado de autor por el que se lo condenó es el correcto.

**Juan Andrés Baquerizo y Jaime Baquerizo Escobar:** Son accionistas de las empresas OIL SERVICES SOLUTIONS (OSS), LISCARD FOUNDATION y ARKDALE INVESTMENTS LIMITED. Firmaron con Petroecuador varios contratos, transfiriendo varias cantidades de dinero desde Petroecuador a la OSS. La compañía GIRBRA S.A., recibió dos transacciones bancarias en las cuentas en el HELM BANK PANAMÁ, de ARKDALE INVESTMENTS LIMITED por USD\$ 300.000,00. En el año 2014 por la cantidad de USD. 50.000,00 de ARKDALE INVESMENT LIMITED y en el año 2015 por USD. 250.000,00 de la compañía ARKDALE INTERNATIONAL INVESMENT. El 10 de febrero de 2014 entre ARKDALE INVESTMENTS LIMITED y la compañía



GIRBRA de Alex Bravo Panchano firmaron un acuerdo por un monto de USD. 600.000,00, correspondiente al 10% de la facturación concedida, siendo Alex Bravo Panchano Coordinador de Proyectos en la Refinería Esmeraldas. Por estos hechos se determina que sus participaciones fueron principales y directas en el delito de cohecho, razón por la cual resulta correcto que se les haya sentenciado como autores de conformidad al artículo 42 del Código Penal anterior, imponiéndoles la pena privativa de libertad de 3 años.

**Arturo Emilio Pinzón Domador:** Como representante y accionista de la empresa MMR GROUP INC., firmó con Petroecuador varios contratos, por los cuales el señor Arturo Emilio Pinzón Domador entregó dinero mediante transferencias bancarias desde el HELM BANK de PANAMÁ, por un monto de USD. 494.825,00, a la offshore GIRBRA S.A., de la que era su beneficiario Alex Bravo Panchano, Coordinador General de Proyectos de la Refinería de Esmeraldas. Los contratos suscritos por Arturo Pinzón ascienden a la cantidad de USD. 98'598.211.00. Por estos hechos se determina que su accionar fue principal y directo en el delito de cohecho, siendo correcto el grado de autor por el que se lo condenó y la pena impuesta de 3 años de privación de libertad.

**Sonia Yolanda Calero:** Trabajó en TECNAZUL y CATERPREMIER S.A., que fueron empresas contratistas de EP Petroecuador. La compañía GIRBRA S.A. recibió varias transacciones bancarias del HELM BANK de PANAMÁ, entre ellas de Sonia Yolanda Calero Silva por el valor de USD. 199.083,00; de igual manera CAPAYA S.A. recibió una transferencia suya de USD. 149.927,90 el día 7 de noviembre de 2013 y una transferencia por USD. 49.980,00 el día 30 de octubre de 2013. EP Petroecuador certificó que la acusada no constaba calificada como proveedora, no obstante, trabajó en ellas y realizó desde sus cuentas bancarias transferencias a funcionarios públicos, por lo que sus actos fueron principales y directos para la ejecución del delito de cohecho, entregando dinero a fin de garantizar la suscripción de contratos con la empresa petrolera estatal. Por estas consideraciones, es correcto el grado de responsabilidad por el que fue sentenciada y la pena privativa de libertad impuesta.

**Rosa Yolanda Pareja:** Se probó que de la cuenta de la offshore GIRBRA S.A., recibió 6 transferencias por USD. 462.500,00 en su cuenta del Banco Off América efectuadas desde el 10 de marzo de 2014 al 25 de noviembre de 2014. Estas transacciones se realizaron sin que se incorpore prueba rechazando o reclamando la recurrente por los depósitos de estas altas sumas de dinero. Pese a desconocer supuestamente el origen de estas transferencias, no existió algún elemento probatorio de que la acusada haya devuelto

el dinero. La sentencia determina que su actuar fue doloso, debido a que se concretó en facilitar o cooperar con su hermano Carlos Pareja Yannuzzelli, funcionario público de Petroecuador, **mediante actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución del ilícito penal**; su conducta consistió en recibir dinero indebido en su cuenta en un banco de Estados Unidos, **accionar sin la cual la infracción se pudo cometer**. (Las negritas y el subrayado me pertenecen).

En esta parte de la resolución del recurso de casación también discrepo. El simple hecho de haber sido beneficiaria de transferencias no determina ser responsable del delito de cohecho. Más aún, se ha establecido su grado de responsabilidad como cómplice por haber recibido varias transferencias de la compañía de Alex Bravo Panchano, sin haberse probado una conducta exculpante por denuncia o devolución de tales recursos. No obstante, para considerarse cómplice de este delito, la conducta de la señora Pareja tuvo que haber sido anterior o simultánea a la ejecución del cohecho, sin embargo, de los hechos probados se ha determinado que recibe transferencias desde la compañía offshore de otro de los acusados que también es funcionario público, lo cual hace pensar que le estaba transfiriendo la parte correspondiente del señor Carlos Pareja Yanuzzelli, obtenidos por este delito, es decir, no se determina de ninguna manera cuáles fueron los hechos anteriores o simultáneos en la ejecución del cohecho, simplemente se ha probado que recibió dinero cuando la infracción ya estaba previamente ejecutada.

Otro error que manifiesta la Sala Penal del máximo organismo de justicia de este país, es que en la sentencia se señala que sin el accionar de la señora Pareja la infracción no se pudo haber cometido, sin embargo, no existe elemento fáctico alguno que conlleve a esta conclusión, es más, el delito se ejecutó sin la intervención de la señora Pareja. El dinero producto del cohecho ya se encontraba en las cuentas de la compañía GIRBRA de Alex Bravo, y solamente su intervención radicó en no alertar ni denunciar tales transferencias económicas.

Consecuentemente, al no establecerse ningún acto indirecto o secundario por parte de la señora Rosa Yolanda Pareja, existe una indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal anterior, por cuanto su conducta pretendió encubrir el delito ejecutado por su hermano, ocultando en su cuenta bancaria de los Estados Unidos de Norteamérica, los recursos económicos provenientes del delito cometido por Carlos Pareja Yanuzzelli y otros. Por lo tanto, discrepo con la resolución emitida, la intervención de la señora Pareja fue como encubridora, grado de responsabilidad inexistente actualmente dentro de la normativa penal. De esta manera, por el principio de favorabilidad debía haberse casado

la sentencia en este sentido y ratificado su estado de inocencia, sin embargo, de manera adicional debió haberse ordenado a Fiscalía que se la investigue por el delito de fraude procesal tipificado en el artículo 272 del COIP.

**Carlos Andrés Pareja Avilés: Se probó la existencia de ocho transferencias recibidas por una cantidad de USD. 375.000,00, que Carlos Pareja Yannuzzelli dispuso a Alex Bravo Panchano que le realice.** Estas transferencias se efectuaron por más de un año, tiempo durante el cual el acusado no repudió esos depósitos, no protestó por las transferencias, ni tampoco consta prueba que demuestre que devolvió ese dinero; actuación que para la Sala Penal denota la **cooperación secundaria y simultánea** que tuvo Carlos Andrés Pareja Avilés al haber receptado tales recursos, **acto que es necesario para la ejecución y perfeccionamiento final del delito.** (Las negritas y el subrayado me pertenecen).

De esta calificación jurídica también discrepo, la conducta del señor Pareja Avilés no fue ni necesaria para el delito de cohecho ni indispensable para su perfeccionamiento. Cuando recibió el dinero producto del delito en sus cuentas bancarias, el cohecho ya había sido ejecutado previamente y ya se habían beneficiado los servidores públicos al recibir los recursos, por una parte, y, por otro lado, los contratistas ya suscribieron los contratos con la EP Petroecuador. El delito se había perfeccionado, y el accionar doloso de Carlos Pareja Avilés, responde a una intención de esconder y ocultar en sus cuentas el dinero obtenido por su padre de manera ilegal, lo que conlleva a que exista una indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal anterior. Su grado de responsabilidad también habría sido la de encubridor, lo cual le hace beneficiario del principio de favorabilidad al haberse eliminado dentro del COIP el encubrimiento, por esta razón, también se debió declarar extinta la acción penal en su contra, se debía haber ratificado su estado de inocencia y, en el peor de los casos, se tenía que ordenar a la Fiscalía que se lo investigue por el delito de fraude procesal tipificado en el artículo 272 del COIP.

**Jelice Herrera Ferrín:** La Corte Provincial de Justicia de Pichincha de manera equivocada modifica el estado de inocencia de la señora Herrera y declara su culpabilidad por el delito de cohecho en el grado de cómplice, al ser la cónyuge del señor Alex Bravo y tener algún cargo en las compañías creadas por éste. El Tribunal de Casación en este caso, de manera acertada estableció que existió un error *in iudicando* por indebida aplicación del artículo 43 del Código Penal al no explicar el juicio de tipicidad y de culpabilidad por los actos ejecutados por Herrera de manera secundaria, anteriores o simultáneos que conducen a la consumación del delito de cohecho en el grado de

cómplice. La Sala Penal de la Corte Provincial aplicando criterios de un derecho penal de autor, condena a la señora Herrera por una característica personal, por su condición de cónyuge de uno de los autores de este delito; por lo tanto, de manera acertada el Tribunal de Casación ratifica el estado de inocencia corrigiendo el error en que incurrió el adquem.

Finalmente, cabe señalar que si bien es una sentenciada muy bien estructurada y desarrollada, personalmente considero que existen errores en la aplicación de las penas privativas de libertad impuestas por la indebida aplicación de los grados de responsabilidad, sentenciando a personas que no participaron de manera directa ni tampoco bajo conductas secundarias, paralelas o simultáneas en la fase ejecutiva del delito.

El hecho de haber sido beneficiarios de transferencias económicas producto del delito cometido por terceras personas, no los hace *per se* responsables del mismo. Para ser autor o cómplice se requiere de una participación directa o de una cooperación importante para el cometimiento del delito, antes de ser ejecutado o en la fase ejecutiva. No obstante, la discrepancia manifestada en el análisis de algunos de los procesados y sentenciados, se fundamenta en que no existió actividad probatoria para determinar, en el caso de los dos funcionarios públicos, cuál fue el acto o la omisión realizada dentro de sus funciones para viabilizar o disponer la adjudicación de las compañías contratistas de Petroecuador. Las meras suposiciones no puede ser un fundamento para su condena, tiene que haber la identificación de la conducta, a través de un hecho fáctico específico, para demostrar su participación en el cohecho realizado. Claramente estas dos personas actuaron dolosamente en el cometimiento de otros delitos, sin embargo, para el delito de cohecho, los supuestos hechos probados no demuestran nada más que un beneficio económico dado por otro funcionario público, y eso no es suficiente para lograr una condena en el presente caso ni como cómplice, peor aún como autor.

Por otro lado, el desacuerdo con la sentencia de las 2 personas condenadas como cómplices, se deriva de que su conducta fue posterior al delito, sin que hayan realizado algún acto secundario para que se realice el cohecho. Es decir, cuando ellos recibieron las transferencias económicas a nombre del señor Carlos Pareja Yanuzzelli, el delito ya estaba ejecutado, ya se habían suscrito los contratos y se habían recibido los beneficios económicos, simplemente estas personas ocultaron la parte que le correspondía a su familiar, por el delito cometido. Su participación en el cohecho es inexistente y su actuar doloso correspondería al cometimiento de otro tipo penal establecido en la normativa sustantiva penal.

## **Capítulo cuarto**

### **Propuesta a plantear**

Con base en el análisis doctrinario analizado, así como con la evidencia de que la parte sustantiva del COIP guarda serios problemas de proporcionalidad, que refleja que la creación de la normativa penal no ha sido derivada de un trabajo técnico basado en evidencia empírica, sino que ha sido producto de decisiones sin respaldo científico, de creencias personales, gustos o intenciones políticas erradas con una clara finalidad de hacer del Derecho Penal un instrumento para incrementar el capital político, lo cual en muchos casos se pudo cumplir, pero a costa de tener un código con amplios y severos errores, que no se justifica con los fines de la pena, que acentúa una visión punitivista y que ahonda problemas estructurales del sistema penal sin poder cumplir con los objetivos supuestamente propuestos en la reforma. Por esta razón, a fin de generar un planteamiento racional, coherente y proporcional a continuación planteamos una fórmula que pueda ser utilizada por el legislador, aplicable a cualquier caso, a fin de que pueda determinar la gradualidad en la pena según la importancia del ilícito, esto es, establecer si un tipo penal merece mayor pena que otro, bajo algunos de los parámetros planteados en este trabajo.

La propuesta sería la siguiente:

$$Y = [x + a + b + c]$$

Y = nivel de importancia para gradualidad de la pena.

x = valoración del bien jurídico protegido.

a = grado de intencionalidad (doloso o culposo). Donde el dolo por tener mayor reprochabilidad será categorizado con el número 20 y la modalidad culposa con el 10.

b = según la lesión o puesta en peligro. Si es un delito de resultado, al haberse afectado el bien jurídico protegido su escala deberá ser mayor a los delitos de peligro, los cuales serán categorizados siempre con el número 10. Ahora bien, por cuanto se tiene que jerarquizar en importancia los delitos según su grado de afectación, los delitos de resultado deberán regirse bajo una consideración subjetiva, debido a que se tiene que evaluar y escoger, según el pensamiento y criterio de cada persona, qué delito es más grave y qué conducta produce una lesión más importante, caso contrario, no podremos establecer cuál pena debe ser mayor en aquellos casos en donde comparemos 2 delitos dolosos, de resultado y de ejecución consumada que atenten el mismo bien jurídico protegido, por lo tanto, siempre debe haber un rango de importancia que estará a

discrecionalidad de quien evalúa. Al respecto los rangos a establecer tendrán las siguientes cuantificaciones:

Tabla 31  
Niveles de afectación

Rango de afectación del delito respecto al BJP	Valor
Muy grave	100
Grave	80
Mediano	60
Leve	40
Muy leve	20

Fuente y elaboración propias

Finalmente,

c = según el grado de ejecución, es decir, si es un delito tentado o si efectivamente se llegó a consumar. En el caso de que se trate de una tentativa, su valoración será de 10, mientras que, si se trata de un delito consumado, al haberse producido el daño, su valoración será de 20.

Lo que esta fórmula va a determinar es el nivel de importancia o de afectación que puede producir el delito, con el objetivo de establecer si merece mayor o menor pena en comparación con otro delito, ya sea que afecte el mismo bien jurídico u otro. El número que se obtendrá luego de realizar la fórmula no establecerá nada *per se*, simplemente a la hora de hacer el ejercicio de comparación se podrá determinar si el número obtenido como resultado es mayor o menor, de esta manera si el número es más alto que el obtenido en otro tipo penal quiere decir que merece mayor pena por cuanto su nivel de importancia es superior.

Este trabajo no pretende establecer la cuantificación de la pena, ese será un trabajo de análisis que deberá realizar el legislador, determinar los rangos de penas, cuál será la pena más alta, hasta qué cantidad de años podrá estar recluso una persona si se acumulan las penas privativas de libertad de varios delitos, entre otras circunstancias. Esa determinación del tiempo es materia de otro estudio y además de otras de ciencias auxiliares indispensables como pueden ser la filosofía, sociología, psicología o psiquiatría.

En nuestro país, la privación de libertad acumulada no puede superar los 40 años, sin embargo, saltan algunas inquietudes a la hora de analizar las penas y sus fines, ¿es humano poder encerrar a una persona esa cantidad de tiempo?, ¿qué sucede si una persona cumple esa condena y no se rehabilita, falló el sistema?, ¿hasta qué punto una persona puede soportar el encierro sin haberle causado estragos insubsanables? Según la Organización Mundial de la Salud, para el año 2018 la esperanza de vida en el Ecuador era de 76.8 años<sup>67</sup>, eso quiere decir, que si el sistema de administración de justicia condenó a una persona a estar privado de su libertad por 40 años, la “justicia” le quitó más de la mitad de vida a esa persona, y seguramente cuando salga de su encierro, será más pobre de lo que ingresó, sin estudios, sin familia, con algunas enfermedades físicas y mentales, es decir, será un individuo que el Estado le volvió más miserable su existencia, cuando el deber ser de esta entequeia es totalmente distinto, el Estado debía proporcionarle todas las herramientas para superarse y alcanzar una vida lo más digna posible. Por estas razones, este estudio no pretende establecer una determinada pena para todos los delitos, eso abarcaría un análisis que supera el objetivo de este trabajo, sin embargo, al menos lo que queremos establecer es si un tipo penal merece mayor o menor tiempo de pena según ciertas condiciones establecidas en la fórmula.

Para ejemplificar lo señalado anteriormente y para cumplir con el primer requisito de la fórmula, escogeremos los 10 bienes jurídicos analizados en el presente trabajo, a los cuales les asignaremos un valor a cada uno a fin de evidenciar la falta de proporcionalidad en las penas de ciertos delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal.

---

<sup>67</sup> Organización Mundial de la Salud, *Indicadores Básicos Situación de Salud en las Américas*. Accedido el 11 de enero de 2019, [http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/49511/IndicadoresBasicos2018\\_spa.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/49511/IndicadoresBasicos2018_spa.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

Tabla 32  
Jerarquización Bienes Jurídicos

Bien jurídico protegido	Valor asignado
Graves violaciones a los Derechos Humanos	100
Vida	90
Integridad sexual	80
Administración Pública	70
Orden económico	60
Seguridad Pública	50
Medio Ambiente	40
Salud	30
Propiedad	20
Seguridad Informática	10

Fuente y elaboración propias

### 1. Aplicación de la fórmula en los delitos de graves violaciones a los derechos humanos.

#### Genocidio:

$$y = (100 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 240$$

#### Persecución:

$$y = (100 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 220$$

Por cuanto la consecuencia en el delito de persecución, no es la destrucción total o parcial de un grupo social, el nivel de afectación provocado al bien jurídico protegido debe ser menor que en el delito de genocidio, razón por la cual, al tener una valoración menor, su pena privativa de libertad necesariamente deberá ser inferior. Es un error que en el COIP se establezca una pena de 26 a 30 años de privación de libertad a estos dos tipos penales. La persecución debe necesariamente tener una pena inferior al genocidio.



**Ejecución extrajudicial:**

$$y = (100 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 220$$

En este caso, de igual manera el punto de inflexión para considerar que la ejecución extrajudicial debe tener menos pena es el nivel de importancia respecto al daño provocado al bien jurídico protegido. Aunque se trata de un delito en el que se produce la muerte de una persona por parte de un agente estatal, esta muerte no se origina en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, lo cual necesariamente provoca que este delito tenga una menor valoración subjetiva y que efectivamente su pena tenga que ser inferior a la del delito de genocidio y de cualquier otro tipo penal que se considere grave violación a los derechos humanos y que tenga como elemento dentro de tipicidad objetiva la condición de producir la destrucción o el exterminio dentro de un “ataque generalizado y sistemático”.

**2. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la vida****Asesinato:**

$$y = (90 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 230$$

**Homicidio:**

$$y = (90 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 210$$

Si bien ambos delitos conllevan el dar muerte a una persona, las circunstancias en las que se envuelve un asesinato producen que el nivel de la afectación al bien jurídico protegido en el resultado sea mayor, por lo tanto, la reprochabilidad también debe incrementarse, esto se determina en el parámetro de evaluación de los efectos del delito, debido a que la valoración del asesinato es de “muy grave” obteniendo la calificación máxima de 100, mientras que en el homicidio es de “grave” cuya escala corresponde a 80, consecuentemente, la aplicación de la fórmula también determina que la pena del asesinato sea mayor a la del delito de homicidio.

**Homicidio culposo:**

$$y = (90 + 10 + 40 + 20)$$

$$y = 160$$

La fórmula en este delito demuestra lo que efectivamente debe ponderarse, su valoración disminuye en cuanto a dos parámetros: 1) según la modalidad de ejecución, al ser un delito culposo, no se tiene la intención de provocar ese resultado, por lo que el valor asignado es menor al de cualquier delito doloso. 2) Por las circunstancias en las que se produce el resultado, si bien en este delito también se produce la muerte de otra persona, el rango de importancia frente a esa afectación debe ser bastante inferior respecto al delito de asesinato y de homicidio. No es lo mismo querer matar que provocar ese resultado por un accionar negligente, imprudente o por haber incumplido un deber objetivo de cuidado. El resultado de la fórmula determina que la pena del homicidio culposo debe ser bastante inferior a la de los delitos antes analizados.

**Aborto no consentido:**

$$y = (90 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 210$$

Si dentro del tipo penal de aborto no consentido, el verbo rector es “hacer abortar” a una mujer que no ha aceptado en ello, lo que se trata es de dar muerte a un feto de manera dolosa, por lo tanto, la afectación al bien jurídico “vida” es igual o similar a la causada por el delito de homicidio (10-13 años), de esta manera, no se entiende por qué debería tener una pena bastante inferior (5-7 años), lo cual también queda evidenciado al aplicar esta fórmula, en el que se obtiene el mismo resultado.

### **3. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la integridad sexual**

**Violación:**

$$y = (80 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 220$$

El delito de violación, dentro de la escala subjetiva de valoración, se considera que se encuentra en el rango de “muy grave”, por cuanto se produce la máxima afectación al bien jurídico integridad sexual, producto de un acceso carnal no consentido de manera violenta, consecuentemente, su cuantificación sería de 100 y la pena debería ser superior a cualquier tipo penal dentro de esta categoría. No obstante, no podría tener mayor pena

a ningún delito contra la vida que se haya efectuado de manera dolosa y su resultado sea la muerte. El parámetro del bien jurídico protegido y su resultado impide que el rango de la pena sea superior a un delito cuya consecuencia es de mayor importancia. Sin embargo, para el COIP la lógica es diferente, violar a una persona (19 a 22 años) es más grave que matarla (10 a 13 años), evidenciándose un error básico de dosimetría penal.

**Estupro:**

$$y = (80 + 20 + 60 + 20)$$

$$y = 180$$

**Abuso sexual:**

$$y = (80 + 20 + 40 + 20)$$

$$y = 160$$

Si bien el COIP castiga más severamente el abuso sexual que al estupro, habría que determinar que en el caso del delito de estupro existe la penetración carnal a través de una modalidad de engaño, consecuentemente, el bien jurídico “integridad sexual” se ve mayormente afectada que en el caso de abuso sexual, en el que no existe el acceso carnal, sino la ejecución de cualquier otro acto de naturaleza sexual en contra de la voluntad de la persona.

**Corrupción de niñas, niños y adolescentes:**

$$y = (80 + 20 + 20 + 10)$$

$$y = 130$$

Este tipo penal cuya conducta sancionada es el “permitir o incitar” la entrada de menores de edad a prostíbulos o lugares donde se exhiba pornografía, es un delito de peligro frente al bien jurídico “integridad sexual”, lo cual ya le reduce su punibilidad, sin embargo, en el COIP tiene la misma sanción que el delito de abuso sexual, el cual es un delito de resultado, por cuanto se ejecuta un acto de naturaleza sexual. Consecuentemente, se demuestra con base a los criterios utilizados que su pena debería ser inferior a la establecida en la parte sustantiva del código.

**Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos:**

$$y = (80 + 20 + 20 + 10)$$

$$y = 130$$

Si bien la conducta de este tipo penal es totalmente reprochable, no se está provocando un daño directo al bien jurídico, por lo tanto, de igual manera constituye un delito de peligro al “ofertar” servicios sexuales y finalmente no provocar ninguna afectación a la integridad de los menores de edad. Adoptando criterios técnicos no es proporcional que este delito tenga una pena de 7 a 10 años, mientras que un delito doloso y de resultado como la “privación forzada de capacidad de reproducción” (art. 165) tenga la misma pena, no obstante, en éste último la afectación a la integridad sexual y de reproducción es total, por cuanto se priva, sin consentimiento de la persona, de su posibilidad de reproducción biológica. De igual manera, en el criterio subjetivo de importancia en cuanto al daño provocado, mientras en el delito de oferta de servicios sexuales su cuantificación es mínima, en el delito de privación forzada de capacidad de reproducción su valoración es mucho mayor, justamente por el parámetro técnico de ser un delito de resultado donde se produjo efectivamente la lesión a la integridad sexual.

Utilizando la fórmula en este delito el resultado sería el siguiente:

**Privación forzada de capacidad de reproducción:**

$$y = (80 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 200$$

Efectivamente aplicando el mecanismo de valoración, se demuestra que la fórmula puede ser utilizada frente a cualquier tipo penal, y además que se puede establecer cierta objetividad en cuanto a la graduación de las penas a aplicar. En este caso, utilizando los criterios propuestos en este trabajo, se comprueba que el delito de privación forzada de capacidad de reproducción merece mayor escala punitiva que el delito de oferta de servicios sexuales de menores de edad a través de medios electrónicos. Por tanto, al aplicar parámetros técnicos se evidencia la falta de lógica y racionalidad establecidos en el Código Penal.

#### 4. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la eficiencia de la administración pública

##### **Peculado:**

$$y = (70 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 210$$

Este resultado es interesante, si bien se considera al peculado, más aún en nuestra sociedad y en nuestro contexto político, como un delito de mucha gravedad, es difícil que esta fórmula considere todos los aspectos subjetivos que pueden haber detrás de un delito y de todo un conflicto social, sin embargo, lo que pretende esta propuesta es brindar mayor claridad respecto al trabajo del legislador de imponer una cuantificación temporal a una pena. No obstante, a pesar de obtener un resultado similar en esta fórmula con el delito de homicidio, como señalé en el presente análisis, es absurdo que el delito de peculado (10-13 años) en el Código Orgánico Integral Penal tenga la misma pena que el delito de homicidio (10-13 años), no se puede considerar bajo ningún aspecto que un delito que atenta de manera principal al bien jurídico de mayor importancia, puede tener la misma sanción que el malversar o abusar de fondos públicos, lo cual puede resultar muy grave frente al desarrollo del país y a las inmensas necesidades sociales, pero el perder una vida no se puede equiparar a los recursos monetarios.

##### **Cohecho:**

$$y = (70 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 190$$

##### **Concusión:**

$$y = (70 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 190$$

En cuanto a los tipos penales de cohecho y concusión considero que son los delitos que después del peculado atentan más gravemente el bien jurídico de eficiencia en la administración pública y así se demuestra con la aplicación de la fórmula y su resultado, debido a que el sujeto activo del delito, el servidor público, acepta o exige dádivas o beneficios económicos a fin de ejecutar un acto o no realizar el acto debido, es decir, su

accionar dentro la función pública está viciado por el recibimiento de “recompensas” monetarias, por esta razón, en el parámetro de los efectos del delito, su cuantificación es de 80 por considerarse que el grado de lesión es grave.

**Enriquecimiento ilícito:**

$$y = (70 + 20 + 60 + 20)$$

$$y = 170$$

El tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene una pena bastante elevada (7-10 años) cuando el incremento patrimonial injustificado supera los 400 salarios básicos unificados, esto es, USD. 157.600,00 para el año 2019. No obstante, el beneficio indebido es la consecuencia del cometimiento de otro delito (llámese peculado, cohecho, concusión, evasión tributaria, testaferrismo, etc.), por lo tanto, las mayores penas deberían establecerse para los delitos principales y eso se demuestra con la fórmula, al obtener un resultado menor a otros delitos, ya que considero que en el parámetro de medición de la importancia o el grado de afectación al bien jurídico protegido, este tipo penal debe tener una menor consideración que los señalados anteriormente. Consecuentemente, o la pena de los delitos de cohecho y concusión deberían incrementarse adoptando los rangos de sanción según los montos del beneficio, o la sanción establecida para el enriquecimiento ilícito debería disminuirse debido a que la conducta tipificada es el resultado de la ejecución de otro delito.

**Tráfico de influencias:**

$$y = (70 + 20 + 40 + 20)$$

$$y = 150$$

**Oferta de tráfico de influencias:**

$$y = (70 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 120$$

Un error evidente en el COIP es establecer la misma pena a dos delitos cuyo resultado y afectación al mismo bien jurídico son diametralmente distintos, esto sucede con los delitos de tráfico de influencias y oferta de tráfico de influencias, los cuales tienen la misma pena privativa de libertad de 3 a 5 años, no obstante, en el primero efectivamente se produce el acto de ejercer influencia para obtener una decisión favorable, con lo cual

se lesiona el bien jurídico, mientras que en el segunda caso, no se produce el mismo resultado, sino que simplemente se ofrece realizar el acto de influencia, es decir, no importa si no se llegó a concretar, el simple ofrecimiento ya se encuentra sancionado, por lo que es un tipo penal de peligro abstracto, y al aplicar la regla de la gradualidad de importancia de la afectación, se obtiene como resultado que el tipo penal de oferta debería tener una pena inferior al de tráfico de influencias.

## 5. Aplicación de la fórmula en los delitos contra el orden económico

### **Defraudación tributaria:**

$$y = (60 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 200$$

### **Defraudación aduanera:**

$$y = (60 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 200$$

### **Contrabando:**

$$y = (60 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 200$$

Otro evidente error en el COIP es la diferencia de penas y de medición punitiva en estos tres tipos penales, cuando tienen el mismo objetivo y producen la misma afectación, esto es, perjudicar a las arcas del Estado a través de la imposibilidad del cobro de tributos y tasas, no obstante, el delito de defraudación aduanera tiene una pena de 3 a 5 años así se perjudique a la administración en 1 dólar o varios millones de dólares; por otro lado, el tipo penal de contrabando establece una pena de 3 a 5 años cuando se evada el control de mercancías que superen los USD. 3.940,00; finalmente, el delito de defraudación tributaria tiene distintos grados de penas (1-3, 3-5, 5-7, 7-10 años) según el modo y los montos que se perjudiquen, sin embargo, la máxima pena se aplica cuando el valor de los impuestos no pagados superen los 100 salarios básicos unificados (USD. 39.400,00). Consecuentemente, existe una falta de lógica y de coherencia en la aplicación de estas penas, ya que, al producir la misma lesión, al tratarse de delitos dolosos y que afectan de igual manera los ingresos del Estado ecuatoriano, su reprochabilidad debería

ser la misma. De igual manera, cabe señalar que las sanciones deberían estar graduadas según los montos de afectación, estableciendo el mismo rango para todos los delitos según los salarios básicos unificados, de este modo, todos serán medidos por igual evitando estas diferenciaciones.

**Usura:**

$$y = (60 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 110$$

Este tipo penal tiene una pena de 5-7 años, superior a la sanción impuesta a la defraudación aduanera y contrabando, sin embargo, según la fórmula se obtiene un resultado menor en comparación a los delitos mencionados. El motivo de esto es que la usura es un delito de peligro frente al orden económico por cuanto no le genera consecuencias negativas directas, por esto, su valoración es mínima en la escala de la gravedad del daño producido al bien jurídico frente a la de otros delitos, cuyas penas privativas de libertad son menores pero su afectación mucho más grave.

**Lavado de activos:**

$$y = (60 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 180$$

Al respecto, el delito de lavado de activos es eminentemente doloso y produce una grave afectación al bien jurídico “orden económico”, debido a que se pretende ingresar a la actividad económica bienes o activos de origen ilícito con la finalidad de que no tengan el control estatal sobre su procedencia, no obstante, al tratarse de un delito de encubrimiento de todos aquellos beneficios económicos o patrimoniales obtenidos por el cometimiento de otro delito principal, la valoración sobre su daño debe ser menor a la de otros delitos cuya conducta hace referencia al perjuicio directo ocasionado a los ingresos estatales o al sistema económico nacional, por tal razón la sanción debería ser inferior a los otros, tomando en consideración que todos los tipos penales económicos o patrimoniales deberían tener el mismo sistema de cuantificación de la pena según el grado del perjuicio económico o del beneficio obtenido.



## 6. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la seguridad pública

### **Actos hostiles contra el Estado:**

$$y = (50 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 190$$

### **Tentativa de asesinato contra el Presidente de la República:**

$$y = (50 + 20 + 80 + 10)$$

$$y = 160$$

Con la aplicación de la fórmula en el tipo penal de tentativa de asesinato contra el Presidente de la República, se concluye que su pena debería disminuirse según los parámetros objetivos y subjetivos aplicados, por cuanto según el COIP tiene una pena de 10 a 13 años, misma que la del delito de actos hostiles contra el Estado, cuando según la fórmula ese delito obtiene un resultado mayor, además, es preciso mencionar que se lo estaría equiparando a un delito de homicidio sin haberse consumado efectivamente la muerte del Presidente de la República. Asimismo, si bien este delito atentaría a la seguridad pública y al sistema democrático nacional, no podría tener la máxima valoración de afectación a dicho bien jurídico, lo cual también provoca que las consideraciones para establecer la pena privativa de libertad disminuyan. Por tales argumentos, es ilógico que se mantenga el rango de sanción establecido, debiendo disminuirse considerablemente la pena privativa de libertad.

### **Comercialización ilícita de armas de fuego:**

$$y = (50 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 100$$

Al ser un delito de peligro su consideración respecto a la posible afectación al bien jurídico es mínima, por lo tanto, si el COIP establece que ciertos delitos dolosos de resultado que atentan a la seguridad pública tienen una pena de 3 a 5 años, por ejemplo insubordinación con uso de arma, es incoherente que un delito doloso y de peligro pueda tener el mismo rango, más aún cuando dentro del mismo capítulo varios delitos de resultado tienen una pena inferior de 1 a 3 años.

**Delincuencia organizada:**

$$y = (50 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 100$$

Al tratarse de un tipo penal de peligro, la valoración de la posible afectación al bien jurídico hace disminuir la reprochabilidad del mismo, sin embargo, cabe resaltar que en la aplicación de la fórmula necesariamente todos los delitos de peligro que atenten el mismo bien jurídico y que puedan cumplir en igualdad de condiciones los demás parámetros van a obtener el mismo resultado, no obstante, el legislador deberá establecer las diferenciaciones punitivas que crea pertinente según la gravedad de la posible lesión.

**7. Aplicación de la fórmula en los delitos contra el medioambiente****Delitos contra la flora y fauna:**

$$y = (40 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 160$$

**Invasión de áreas protegidas:**

$$y = (40 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 90$$

Según el COIP este tipo penal tiene una pena de 1 a 3 años de privación de libertad, la misma que el tipo penal de “delitos contra la flora y fauna”, sin embargo, éste último tiene entre sus conductas cazar animales en peligro de extinción, es decir, es un delito de resultado y que generaría una grave afectación al bien jurídico naturaleza o medioambiente, por esa razón su valoración con la aplicación de la fórmula es mucho mayor, consecuentemente, sería ilógico que un delito de peligro abstracto como el ingresar sin autorización a áreas protegidas tenga la misma consecuencia punitiva, es decir, su pena debe ser inferior.

**Gestión prohibida de desechos tóxicos con muerte:**

$$y = (40 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 180$$

Este delito tendría el máximo nivel de afectación al medioambiente y como tal también al desarrollo del ser humano que se desenvuelve en el mismo, al ocasionarle la muerte a una persona, no obstante, es incoherente que este delito tenga según el COIP mayor pena que el homicidio e igual pena que la violación, cuando la aplicación de la propia fórmula determina un resultado mucho inferior a los obtenidos en el análisis de los delitos citados anteriormente, por lo tanto, la consideración del legislador debería estar enfocada en guardar correspondencia en la aplicación punitiva con las penas de los demás delitos que generan la misma consecuencia lesiva, consecuentemente, la pena a aplicar debería tener el mismo rango que la del delito de homicidio.

**Falsedad de la información ambiental:**

$$y = (40 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 90$$

Este tipo penal no genera ninguna afectación directa al bien jurídico, lo cual lo hace ser un delito de peligro abstracto y, por tanto, su valoración con la aplicación de la fórmula determina que su pena debe ser inferior a todos los delitos de resultado que se encuentren en el mismo capítulo, es decir, la pena contemplada en el COIP es irracional y debería ser inferior. No obstante, al tratarse de un tipo penal cuya conducta reprochable es proporcionar información falsa para el otorgamiento de permisos medioambientales, el bien jurídico que se estaría afectando sería la fe pública, debiéndose eliminar este tipo penal por cuanto la conducta estaría inmersa en el tipo penal de falsificación y uso doloso de documento falso.

## **8. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la salud**

**Desatención del servicio de salud con muerte:**

$$y = (30 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 170$$

Este tipo penal con la aplicación de los parámetros establecidos en la fórmula se ubica como el de mayor importancia y por ende el que debería tener mayor pena dentro de este capítulo, sin embargo, por cuanto se produce la muerte de una persona, el rango de pena debería ser similar al establecido en el homicidio, es decir, de 10 a 13 años, no

como lo estableció el COIP con una pena de 13 a 16 años, un rango mayor al del homicidio y menor al de violación, evidenciándose un error adicional.

**Desatención del servicio de salud:**

$$y = (30 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 80$$

**Comercialización de medicamentos caducados:**

$$y = (30 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 80$$

Tanto el tipo penal de desatención del servicio de salud (sin el resultado muerte) así como el de comercialización de medicamentos caducados, son delitos dolosos y de peligro frente al bien jurídico salud, por tal razón, al mantener las mismas características obtienen el mismo resultado con la aplicación de la fórmula, por lo que su pena debería ser similar, sin embargo, el COIP establece una pena para el primero de 1 a 3 años, mientras que al de comercialización de medicamentos caducados de 6 meses a 2 años, sin entenderse el por qué de la distinción punitiva.

**Producción de sustancias estupefacientes:**

$$y = (30 + 20 + 10 + 20)$$

$$y = 80$$

Con la aplicación de la fórmula se puede establecer que la pena de los delitos que sancionan la producción y el tráfico de sustancias estupefacientes de manera ilegal debe disminuir debido a que constituyen delitos de peligro frente al bien jurídico salud, por esta razón, su ubicación en el catálogo de conductas debería estar en los delitos contra la seguridad pública, puesto que lo que verdaderamente se castiga es el negocio de las grandes mafias de crimen organizado internacional.

## **9. Aplicación de la fórmula en los delitos contra la propiedad**

**Extorsión:**

$$y = (20 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 160$$

**Robo:**

$$y = (20 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 160$$

Los tipos penales de extorsión y robo al cometerse bajo una modalidad violenta deben ser los delitos que deberían tener una mayor carga punitiva, debido a que la afectación al bien jurídico protegido tendría una valoración de muy grave por cómo se realiza la conducta. Esto se evidencia con la aplicación de la fórmula, al tratarse de dos delitos dolosos y de resultado que tienen la máxima cuantificación en el daño, sin embargo, el COIP es tan ilógico y está tan plagado de errores que al delito de extorsión se le impone una pena de 3 a 5 años, mientras que al robo de 5 a 7 años.

Hay que aclarar de igual manera que los delitos contra la propiedad así como los delitos contra la administración pública y los del régimen económico, deben tener una escala de penas conforme a la cuantificación de la afectación. Por ejemplo, no es posible que un robo de USD. 50 tenga más pena que un abuso de confianza donde se apropien de manera ilícita de USD. 200.000, no es racional que una extorsión donde se traspase la propiedad de un bien de USD. 50.000 sea castigado más levemente que una estafa de USD. 200. Si queremos racionalizar el poder punitivo tenemos que comenzar a establecer parámetros objetivos a los tipos penales para poder establecer la pena dependiendo del grado de lesión, más aún cuando se trata de los delitos que más poblan las cárceles a nivel nacional.

**Estafa:**

$$y = (20 + 20 + 60 + 20)$$

$$y = 120$$

**Abuso de confianza:**

$$y = (30 + 20 + 60 + 20)$$

$$y = 120$$

Así como con el robo y la extorsión, estos dos tipos penales deberían tener la misma pena en función a la modalidad de la ejecución del delito (no violenta, mediante engaños o abusos de dinero), además hay que mencionar que son dos delitos dolosos y de

resultado que lesionan el bien jurídico propiedad, sin embargo, esa lesión no es producida mediante la fuerza o bajo intimidaciones, razón por lo cual su nivel de importancia en la afectación tiene un grado mediano, lo que provoca que según el análisis del resultado obtenido en la fórmula, su pena sea inferior a los delitos anteriormente analizados. No obstante, el COIP también se equivoca al establecer que el delito de estafa tenga una pena muy alta de 5 a 7 años y en cambio el abuso de confianza de 1 a 3 años. No hay proporción ni coherencia en el catálogo de conductas prohibidas y sus penas.

**Hurto:**

$$y = (20 + 20 + 20 + 20)$$

$$y = 80$$

Finalmente, el hurto al ser un delito doloso y de resultado que no opera con las modalidades anteriores, su pena debe ser la más leve en cuanto a la relación de los delitos con esas características, y así también lo contempla el COIP.

## **10. Aplicación de la fórmula en los delitos contra el sistema informático**

**Delitos contra la información pública reservada legalmente:**

$$y = (10 + 20 + 100 + 20)$$

$$y = 150$$

Por cuanto este tipo penal trata de salvaguardar la información pública de carácter “reservada”, la cuantificación del nivel de afectación al bien jurídico protegido debe ser la máxima en el resultado, por tal razón, este delito debe tener la mayor pena dentro de los que se encuentran en este capítulo. No obstante, cabe resaltar que la pena establecida en el COIP es igual a la de otros tipos penales más importantes y cuyo resultado es mucho más grave, es decir, no existe una clara distinción punitiva en la normativa penal.

**Transferencia electrónica de activo patrimonial:**

$$y = (10 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 130$$

Si bien en este tipo penal también se produce una alteración o modificación en un sistema informático, razón por la cual en el tercer parámetro alcanza una valoración de grave, lo que se pretende sancionar finalmente es la transferencia indebida de un activo patrimonial, con lo cual la verdadera afectación se produce en el bien jurídico propiedad, por lo que este delito debería eliminarse de este capítulo a fin de que sea ubicado en la categoría correspondiente o que sea subsumido en algún delito contra la propiedad.

**Ataque a la integridad del sistema informático:**

$$y = (10 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 130$$

**Revelación ilegal de base de datos:**

$$y = (10 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 130$$

**Acceso no consentido a un sistema informático:**

$$y = (10 + 20 + 80 + 20)$$

$$y = 130$$

Con la aplicación de los parámetros establecidos en esta fórmula, los 3 tipos penales alcanzan la misma cuantificación y, la razón es sencilla, son delitos dolosos que atentan el mismo bien jurídico y que tienen un resultado similar, es decir, en los 3 casos existe un ataque, una modificación, un acceso o una revelación de datos contenidos en un sistema informático, consecuentemente, su pena debería tener el mismo rango, sin embargo el COIP no lo considera y se establece 2 rangos de pena diferentes para estos delitos, evidenciándose que el legislador estableció penas a su antojo sin considerar elementos objetivos para su contraste.





## Conclusiones

1) La creación del Código Orgánico Integral Penal supuso el rompimiento de la visión constitucional y de los límites impuestos para el uso y limitación del poder punitivo del Estado, también provocado por la falta del examen de constitucionalidad del cuerpo normativo. Todo el texto del código, exceptuando el libro preliminar, está impregnado de un enfoque expansionista y represivo, sin embargo, es en la parte sustantiva donde las consecuencias son más graves, por el incremento desmesurado de las penas privativas de libertad. El proceso de discusión y aprobación de las infracciones y de sus correspondientes sanciones careció de un análisis técnico-jurídico que justifique la imposición del quantum de la pena. El único filtro para establecer la pena de un delito fue la creencia y voluntad del legislador, por esta razón existen innumerables errores en las penas asignadas a los distintos tipos penales.

2) El principio de proporcionalidad es el fundamento teórico y técnico para que la dosimetría penal pueda tener efectos en la normativa y en la práctica. La proporcionalidad constituye el “límite de los límites” para la intervención del Derecho Penal y para que un derecho como la libertad pueda ser limitado, en la medida que supone una barrera frente a la intromisión inadecuada, exagerada e innecesaria en la vida de una persona. Los tres requerimientos que engloba el “test de proporcionalidad”, estos son, la idoneidad, necesidad, y la proporcionalidad estrictamente hablando, en sus dos ámbitos, tanto en la esfera abstracta como en la concreta, deben ser efectivamente aplicados, comprobando que sus condiciones sean estrictamente cumplidas a fin de poder establecer al menos teóricamente que dicha pena privativa de libertad guarda coherencia y es equilibrada frente al peligro o daño generado a un bien jurídico protegido. Sin embargo, al ser criterios heterogéneos delito-pena, cualquier unidad de tiempo asignada como retribución a la afectación realizada por la conducta punible, no podrá ser entendida como equivalente, ni tampoco se podrá establecer como proporcional la pena de cárcel ya en la experiencia concreta de cada privado de libertad.

3) Para poder establecer las distintas penas privativas de libertad, se deben cumplir con ciertos parámetros básicos y no excluyentes entre sí, que pueda graduar las sanciones de conformidad a la importancia del bien jurídico protegido (por lo que se deberá construir una categorización según sean bienes jurídicos personales, supraindividuales, estatales), según la modalidad en la ejecución del delito, al grado de participación, a si se

trata de un delito de resultado o de peligro, tentado o ejecutado. Estos son los criterios técnicos mínimos planteados para que pueda tener cierta lógica la imposición de las penas privativas de libertad.

4) Del análisis realizado a los principales tipos penales escogidos de 10 bienes jurídicos protegidos, se concluye que el incumplimiento de los parámetros propuestos da a lugar a una grave inconsistencia y falta de racionalidad entre las penas impuestas entre delitos que afectan al mismo bien jurídico, lo cual se agrava cuando hacemos un ejercicio de comparación global entre los diferentes tipos penales y bienes jurídicos reconocidos en la normativa penal. El Código Orgánico Integral Penal no es proporcional.

5) La fórmula planteada cumplió su objetivo, se pudo establecer ciertos parámetros determinados en la dogmática penal para poder diferenciar el quántum de la pena según algunas categorías objetivas, no obstante, el Derecho es una ciencia social, y como tal, esta fórmula no podrá cuantificar un sinnúmero de circunstancias que se presentarán en cada delito, las cuales necesariamente quedarán a discreción del legislador, el creador de la norma, no obstante, al menos hemos planteado un mecanismo útil que podrá servir para que los próximos Códigos o reformas penales puedan considerar. A la final de lo que se trata es de dar coherencia a un sistema punitivo, que si bien puede parecer irracional desde su origen, al menos podrá guardar cierta lógica y se podrá contener de mejor manera esa irracionalidad.

6) Existe arbitrariedad normativa y práctica en el Ecuador derivado del inexistente fundamento teórico y técnico empleado al momento de la creación normativa, es decir, en esa criminalización primaria, a la hora de establecer qué penalizar y por cuánto tiempo, el legislador no aplicaba ningún criterio jurídico-dogmático para establecer la jerarquización de los delitos y de las penas privativas de libertad, por esta razón, es que se evidencian tantos errores en la parte sustantiva del COIP, conductas menores con penas excesivamente altas, delitos de un bien jurídico de menor relevancia con igual o mayor pena que delitos más graves que afectan bienes jurídicos fundamentales; delitos de peligro con igual o mayor pena que delitos de resultado dentro del mismo capítulo; tipos penales calificados con menor pena que los tipos penales base; delitos contra la propiedad con mayor pena que delitos sexuales; delitos contra la administración pública con igual pena que el delito de homicidio; delitos contra la administración aduanera y tributaria con distintas escalas de valoración del perjuicio y con diferentes penas, en fin, es un texto normativo que requiere ser reformado en varios aspectos.

7) Todos esos errores de origen, provocan que necesariamente también existan errores en la criminalización secundaria aplicada por los jueces. En el caso escogido a analizar se determinó que no existe una dosificación adecuada del poder punitivo del Estado. Sentenciaron a personas sin ninguna determinación de hechos vinculados al delito de cohecho y por los cuales se establecía su participación en el delito. Sus conductas efectivamente se encasillaban en los requisitos objetivos y subjetivos de otros tipos penales, sin embargo, para el cohecho el simple beneficio económico sin contraprestación de las funciones del servidor público para lograr el acto acordado (la contratación), o sin la participación de actos anteriores o paralelos a su ejecución, lo vuelven una conducta atípica y no punible, por esta razón, la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia cometió un yerro jurídico por indebida aplicación de los artículos 42 y 43 del Código Penal anterior, que fue el aplicado en la sentencia analizada.



## Bibliografía

### Publicaciones

Acurio, Santiago. *Delitos informáticos: Generalidades*. Organización de Estados Americanos, [http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_delitos\\_inform.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf).

Ambos, Kai. “¿Qué significa la intención de destruir en el delito de genocidio”. En *Ensayos actuales sobre Derecho penal Internacional y Europeo*, editado por Kai Ambos. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

Aguado, Teresa. “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”. En *El principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascuraín y Maximiliano Rusconi. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.

Arroyo, Luis. “Derecho Penal y Constitución”. En *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Eduardo Crespo y Cristina Rodríguez, Coordinadores. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2016.

Ávila, Ramiro. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales S.A., 2013.

-----, “El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista”. En *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*, compilador Ramiro Ávila. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.

Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

Bajo, Miguel y Silvana Bacigalupo. *Derecho Penal Económico*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

Balcarce, Fabián. *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal. Su vinculación con la Parte General*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009.

Berdugo, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid, Iustel, 2012.

Bernal, Carlos. “Proporcionalidad, Derechos Fundamentales y Ley Penal”. En *El Principio de Proporcionalidad Penal*, dirs. Juan Lascuraín y Maximiliano Rusconi. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.

Bustos, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Volumen I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008.

Cruz, Leonardo. “Delitos contra la seguridad pública”. En *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Defensoría Pública del Ecuador. *Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (Para constitucionalizar la justicia penal)*. Revista Defensa y Justicia, No. 27.

Donna, Edgardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2002.

Encalada, Pablo. *Teoría Constitucional del Delito*. Quito: Centro de Estudios y Publicaciones, 2016.

Felip, David. “El aborto”. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Jesús-María Silva, Director. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018.

Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo veintiuno editores, 2010.

Gómez, Carlos. *La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho Penal*, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3074/2841>

Gracia, Luis. *El Moderno Derecho Penal Económico Empresarial y de la Globalización Económica*. Quito: Editora Cevallos, 2011.

Hirsch, Hans. *Sistemática y límites de los delitos de peligro*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21385/19058>

Lascuraín, Juan. “Cuándo penar, cuánto penar”. En *El principio de proporcionalidad penal*, dirs. Juan Lascuraín y Maximiliano Rusconi. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2014.

Lopera, Gloria. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, edit. por Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.

Luzón, Diego. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Martin, Adrian. *Reformas penales y proporcionalidad de las penas. Análisis crítico en los delitos con el uso de armas*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2013.

Martínez, Rosario de Vicente. *Derecho Penal del Medio Ambiente*. Madrid: Iustel, 2018.

Méndez, Cristina. *Delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos*. Revista Nuevo Foro Penal N° 44, <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/4166/3421/0>

Messuti, Ana. “Más allá del tiempo como pena”. En *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, dir. Eugenio Zaffaroni. Buenos Aires, Editorial Ediar, 2012.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Ed. Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.

----- . *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: BdeF, 2006.

Muñoz Conde, Francisco, Mercedes García. *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

----- *Teoría General del Delito*. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

Ontiveros, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017.

Organización Mundial de la Salud, *Indicadores Básicos Situación de Salud en las Américas*. Accedido el 11 de enero de 2019, [http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/49511/IndicadoresBasicos2018\\_spa.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/49511/IndicadoresBasicos2018_spa.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

Paladines, Jorge. “La (des) proporcionalidad de la ley y justicia antidrogas en el Ecuador”. En *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América*, coord. Jorge Paladines. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2013.

Roca, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1999.

Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, Tomo I. Madrid, Civitas, 1997.

Sanz, Nieves. *Política Criminal*, 2ª edición. Salamanca: Ratio Legis, 2017.

Serrano G., Alfonso, Alfonso Serrano M., María Serrano. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. Madrid, Editorial Dykinson, 2015.

Sykes, Gresham *La sociedad de los cautivos. Estudios de una cárcel de máxima seguridad*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2017.

Vargas, Ligia. *Armonización del delito de lavado de activos en los países de la Alianza del Pacífico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2018.

Weigend, Thomas. “Los límites de la complicidad punible”. En *Autoría y Participación*, dir. Edgardo Donna, *Revista de Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

Zaffaroni, Eugenio. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Quito: Editorial El siglo, 2018.

-----, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

-----, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III. Buenos Aires: EDIAR, 2004.

## **Normativa**

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

## **Jurisprudencia**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Rochela vs. Colombia*, Sentencia de 11 de Mayo de 2007.